DER STAAT ALS URHEBER VON STRAFTATEN
ZUR BERECHTIGUNG DES EINSATZES VON LOCKSPITZELN UND ZUR VERWENDBARKEIT DER DURCH SIE GESCHAFFENEN BEWEISE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Thomas Voller
aus Frankfurt am Main
1983

copy shop, darmstadt

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547613_0007

Der Staat als Urheber von Straftaten
Zur Berechtigung des Einsatzes von Lockspitzeln und zur Verwendbarkeit der durch sie geschaffenen Beweise

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Thomas Voller
aus Frankfurt am Main
1983

copy shop, darmstadt

Dekan: Professor Dr. Dr. Klaus Hopt
1. Berichterstatter: Professor Dr. Jürgen Baumann
2. Berichterstatter: Professor Dr. Theodor Lenckner

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Februar 1983

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsverzeichnis

1.	Vorwort	1
2.	Einleitung	3
2.1	"Eva und die Schlange"	
2.2	Untergrundfahndung	5
2.2.1	Probleme beim Einsatz von V-Leuten	6
2.2.2	Arten von V-Leuten und die Tätigkeit des agent provocateur	7
2.2.3	a.p. als Mittäter und Gehilfe	8
2.2.4	"Das jüngste Kind der Kripo"	
2.2.5	Provokationen bei der Untergrundfahndung	9
2.2.6	Rechtfertigung für Lockspitzeleinsätze	10
2.2.7	Bedenken gegen Lockspitzeleinsätze	11
2.2.7.1	Juristische Bedenken	
2.2.7.2	Mögliche Strafbarkeit des a.p.	
2.2.7.3	Verstöße gegen das Legalitätsprinzip	12
2.2.7.4	Moralische Gefahren	14
2.2.7.5	Mißbräuche	15
3	Die Rechtsprechung	15
3.1	Allgemeine Zulässigkeit des a.p.-Einsatzes	
3.2	Grenzen der Zulässigkeit	17
3.2.1	Konkretisierung des Tatentschlusses	
3.2.2	Gleichgestellte Fälle und die "wesentlichen Wertungskriterien" des BGH	18
3.2.3	Zulässiger Lockspitzeleinsatz auch ohne vorherigen Verdacht	20
3.2.4	Intensität der Einwirkung durch a.p.	21
3.3	Folgen der Unzulässigkeit	22
3.3.1	§ 136a StPO oder Verwirkung des staatlichen Strafspruchs	23
3.3.2	Verfahrenshindernis	
3.3.3	Strafzumessung	24
3.3.4	Entscheidungen der Untergerichte	
3.3.5	Zusammenfassung	26
3.3.6	Kritik an der Rechtsprechung	27

4	Literatur	33
4.1	Ältere Literatur zur allgemeinen Zulässigkeit des Lockspitzeleinsatzes	
4.2	Neuere Meinungen dazu	37
4.3	Grenzen der Zulässigkeit	38
4.3.1	Stempel	
4.3.2	Lüderssen	
4.3.3	Franzheim	40
4.3.4	Mache	41
4.3.5	Sieg	42
4.3.6	Berz	
4.3.7	5. Strafverteidigertag in Berlin, 1981	43
4.3.8	Kommentare und Lehrbücher	
4.3.9	Zusammenfassung	45
5	Die Doctrin of Entrapment	46
5.1	Grundlagen	
5.2	Die "due process clause"	48
5.3	Begründung der D.o.E.	
5.4	Der subjektive Test	50
5.5	Der objektive Test	
5.6	Kritik am subjektiven Test	51
5.7	Ergebnis	52
5.8	Die Meinung Dietzes	
5.9	Exkurs	53
5.10	Rechtsvergleich	54
6	Eigener Lösungsversuch	59
6.1	Die Allgemeine Zulässigkeit	
6.2	Erfordernis der Rechtsgrundlage	
6.3	Privilegierung des Lockspitzels	60
6.4	Lockspitzeleinsatz als Eingriff	61
6.5	und als strafprozessuale Zwangsmaßnahme	
6.6	Tangierte Grundrechte des Provozierten	64
6.6.1	Die Menschenwürde	
6.6.2	Freie Entfaltung der Persönlichkeit	66
6.6.3	"nemo tenetur seipsum prodere"	68
6.6.4	"fair trial"	75
6.6.5	Unschuldsvermutung	77

6.6.6	Fürsorge im Rahmen des Sozialstaats	78
6.6.7	"Interesse" an der Resozialisierung	80
6.6.8	Privatsphäre	82
6.6.9	Rechtliches Gehör	86
6.6.10	Rechtsschutzgarantie	88
6.6.11	Weitere Grundrechte im Einzelfall	
6.6.12	Zusammenfassung	89
6.7.	Rechtsgrundlage?	90
6.7.1	StPO	
6.7.2	Polizeiliche Generalklausel	91
6.7.2.1	Präventiver Lockspitzeleinsatz	
6.7.2.2	Repressiver Lockspitzeleinsatz	92
6.7.3	§ 34 StGB als Rechtsgrundlage staatlichen Handelns	96
6.7.3.1	Befürworter	97
6.7.3.2	Gegner	98
6.7.3.3	Eigene Ansicht	99
6.7.4	Zusammenfassung und Ergebnis	104
6.8	Rechtsfolgen aus dem nicht erlaubten Lockspitzeleinsatz	105
6.8.1	Amtshaftungsanspruch	
6.8.2	Persönlicher Strafausschließungsgrund	106
6.8.3	Verfahrenshindernis	108
6.8.4	Beweisverbot	110
8.8.4.1	Anwendbarkeit des § 136a StPO?	113
6.8.4.2	Beweisverbot wegen fehlender Eingriffsgrundlage für den Lockspitzeleinsatz	114
6.8.4.3	Beweisverwertungsverbot	116
6.8.4.3.1	Versuche zur Abgrenzung, wann einem Beweiserhebungsverbot ein Verwertungsverbot zu folgen hat	117
6.8.4.3.2	Abgrenzung nach der Abwägungslehre	119
6.8.4.4	Fernwirkung des Beweisverbots	123
6.8.4.4.1	Unbeteiligter Dritter als Tatzeuge	124
6.8.4.4.2	Beim provozierten Täter gefundene weitere Beweise	125
7	Ergebnisse der Untersuchung	128

Literaturverzeichnis

Amelung	Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates? NJW 1977, 833
-	Nochmals: § 34 StGB als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm? NJW 1978, 623
Amelung/Schall	Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis - OLG München, DVBl. 1973,221 JuS 1975, 565
American Jurisprudence	Second Edition, Vol. 21 (Criminal Law) Rochester, N.Y./San Francisco, Cal.,1981 zit.: 21 AmJur 2d, §, S.
Bauer	Moderne Verbrechensbekämpfung, Bd. II Lübeck, 1972
Baumann	Strafrecht Allgemeiner Teil 8. Aufl., Bielefeld 1977 Zit.: Baumann, AT, S.
-	Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussage GA 1959, 33
-	Diskussionsbeitrag in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, F, S. 108, zit.: Baumann, DJT F, S.
-	Strafrecht im Umbruch Demokratie und Rechtsstaat Bd. 36 Neuwied, Darmstadt, 1977
Beer	Polizeiliche Strategien und Taktiken bei der Drogenbekämpfung in: Polizeiliche Drogenbekämpfung, BKA-Schriftenreihe Bd. 49, S. 199 Wiesbaden, 1981 zit.: BKA Bd. 49, S.
Beling	Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß Strafrechtliche Abhandlungen Heft 46 Breslau, 1903

Berz	Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung - BGH NJW 1981, 1626 JuS 1982, 416
Blei	(Herausgeber): Anmerkung zu OLG Frankfurt, NJW 1975, 271 JA 1975, 241
Bruns	Neue Wege zur Lösung des Strafprozessualen "V-Mann-Problems" Baden-Baden, 1982
Comment	The Serpent Beguiled Me and I Did Eat The Constitutional Status of the Entrapment Defense Yale Law Journal, Vol. 74 (1964/1965), S. 942, zit.: Comment, 74 Yale LJ, S.
De Lazzer/Rohlf	Der "Lauschangriff" - Ist nachrichtendienstliches Abhören der Privatwohnung zulässig? JZ 1977, 207
Dencker	Verwertungsverbote im Strafprozeß Köln, Berlin, Bonn, München 1977
Denninger/Lüderssen	Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat suhrkamp taschenbuch wissenschaft 228 Frankfurt, 1978
Dietze	Human Rights (USA) A Neglected Issue: Police in Crime Jahrbuch für öffentliches Recht der Gegenwart, Neue Folge, Bd. 28 (1979), S. 589, zit.: Dietze, JÖR 28, S.
Donnelly	Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons and Agents Provocateurs Yale Law Journal, Vol. 60 (1951), S. 1091
Dopffel	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Agent Provocateur Diss. Tübingen, 1899
Dreher/Tröndle	Strafgesetzbuch, Kurzkommentar 40. Aufl., München, 1981
Ellinger	Polizeilicher Sondereinsatz gegen Rauschmittelhändler aus rechtlicher Sicht Kriminalistik 1972, S. 11
Evers	Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz Berlin, 1960

Feldmann	Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise NJW 1959, 853
Franzheim	Der Einsatz von Agents Provocateurs zur Ermittlung von Straftätern NJW 1979, 2014
-	Anmerkung zu BGH JR 1981, 345 JR 1981, 346
Freudenstein	Die Rechte und Pflichten der Polizei Minden i. Westf., 1883
Geerds	Handbuch der Kriminalistik, Bd. II 10. Aufl., Berlin 1978
-	Kriminalistik, Lübeck, 1978
Geilen	Anm. zu OLG Frankfurt JZ 1975, 379 = NJW 1975, 271 JZ 1975, 380
Gössel	Über die Rechtmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutbeeinträchtigender Maßnahmen JuS 1979, 162
-	Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren NJW 1981, 649
-	Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre NJW 1981, 2217
Gribbohm	Der Gewährsmann als Zeuge im Strafprozeß NJW 1981, 305
Grünwald	Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren JZ 1966, 489
Haffke	Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot GA 1973, 65
Hassemer	Die "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" - ein neuer Rechtsbegriff? Strafverteidiger 1982, 275
Henkel	Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968

Hertweck	Prozessualer Flankenschutz für das Betäubungsmittelgesetz Kriminalistik 1972, 267
Honig	Entwurf eines amerikanischen Muster-strafgesetzbuches vom 4. Mai 1962 Berlin, 1965
Jastrow	Lockspitzel und Richter JW 1918, 810
Jeschek	Beweisverbote im Strafprozeß, Gut-achten, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Bd. 1, 3 B, S. 1
Joachimski	V-Leute in der Bekämpfung der Rausch-giftkriminalität Kriminalistik 1971, 555
Karge	Der Agent Provocateur Diss. Frankfurt, 1969
Karlsruher Kommentar	Strafprozeßordnung München, 1982
Kirchhof	Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe NJW 1978, 969
Kleinknecht	Strafprozeßordnung 35. Aufl., München, 1981
-	Die Beweisverbote im Strafprozeß NJW 1966, 1537
Körner	Zum Betäubungsmittelgesetz NStZ 1981, 16
-	Die Glaubwürdigkeit und die Strafbar-keit von V-Personen Die Strafbarkeit der provozierten Tat Strafverteidiger 1982, 382
Kohlrausch	Tagesfragen ZStW 33 (1912), 688
Krause/Nehring	Strafverfahrensrecht in der Praxis Köln, Berlin, Bonn, München, 1978
Krüger	Verfassungsrechtliche Grundlagen polizei-licher V-Mann-Arbeit NJW 1982, 855

Küper	Der "agent provocateur" im Strafrecht GA 1974, 321
Kürbis/Müller	Im Sondereinsatz gegen Rauschgifthändler Kriminalistik 1971, 449
Lange	Terrorismus kein Notstandsfall? NJW 1978, 784
Leibholz/Rinck	Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., Loseblattsammlung Stand November 1981
Less	Der Unrechtscharakter der Anstiftung ZStW 69 (1957), 43
Levin	The Case for Torture Newsweek, June 7, 1982, S. 4
Leys	The Case for Torture: A Rebuttal Newsweek, July 12, 1982, S. 4
Lindenau	Die Verwendung polizeilicher Vertrauenspersonen Deutsche Strafrechts-Zeitung 1918, 284
Löwe/Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar 23. Aufl., Berlin, New York, ab 1976 zit.: Bearbeiter, L-R, §, Rn.
Lüderssen	Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation? in: Festschrift für Karl Peters, S. 349 Tübingen, 1974 ebenfalls abgedruckt in Denninger/Lüderssen S. 238
Maaß	Die Behandlung des "agent provocateur" im Strafrecht Jura 1981, 514
Mache	Anm. zu BGH Strafverteidiger 1981, 392 Strafverteidiger 1981, 599
Mang/Maunz/Mayer/Obermayer	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern 3. Aufl., München, 1968
Martens	Anm. zu OLG Frankfurt NJW 1975, 271 NJW 1975, 1668

Maunz/Dürig/ Herzog/Scholz	Grundgesetz, Kommentar Loseblattsammlung, Stand September 1981 Zit.: Bearbeiter, MDH, Art., Rn.
Maurach/Zipf	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Karlsruhe 1977 zit.: Maurach, AT, S.
Mayer	Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft in: Festschrift für Theodor Rittler,S. 243 Aalen, 1957
Mehner	Die Vernehmung von Verhörspersonen im deutschen Strafprozeß Köln, 1975
Meyers	Deutsches Polizei-Lexikon Leipzig, 1937
Mikell	The Doctrine of Entrapment in the Federal Courts University of Pennsylvania Law Reviews, Bd. 90 (1947), S. 245
von Mohl	Die Polizei - Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates Bd. III, System der Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei Tübingen, 1866
Mueller	Beweisverbote im amerikanischen Strafprozeß Gutachten, 46. Deutscher Juristentag Bd. I, 3 A, S. 33
Müller/Sax/Paulus	Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7. Aufl., Loseblattsammlung, Darmstadt, 1980 6. Aufl., Darmstadt, 1966 zit.: Bearbeiter, KMR, Aufl., §, Rn.
Niese	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen Göttingen, 1950
Osmer	Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a StPO Diss. Hamburg, 1966
Otto	Anm. zu OLG München, NJW 1972, 2275 NJW 1973, 668

Peters	Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen JR 1949, 496
-	Beweisverbote im deutschen Strafverfahren Gutachten, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. I, 3 A, S. 91
-	Strafprozeß 3. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1981 zit.: Peters, LB, S.
Petry	Beweisverbote im Strafprozeß Darmstadt, 1971
Pfeiffer/Maul/Schulte	Strafgesetzbuch, Kommentar Essen, 1965
Plate	Zur Strafbarkeit des agent provocateur ZStW 84 (1972), 294
Radbruch	Grenzen der Kriminalpolizei in: Festschrift für Wilhelm Sauer, S. 121 Berlin, 1949
Rebmann	Der Zeuge vom Hörensagen im Spannungsverhältnis zwischen gerichtlicher Aufklärungspflicht, Belangen der Exekutive und Verteidigungsinteressen NStZ 1982, 315
Retzlaff	Polizei - Handbuch 31. Aufl.,Lübeck, 1925
Rogall	Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst Berlin, 1977
-	Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten ZStW 91 (1979), 1
Roxin	Zur Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Entfernung von Leichenteilen (§ 168 StGB), insbesondere zum rechtfertigenden strafrechtlichen Notstand (§ 34 StGB) OLG Frankfurt, NJW 1975, 271 JuS 1976, 505
-	Strafverfahrensrecht 17. Aufl., München 1982

Rudolphi	Die Reversibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozeß MDR 1970, 93
Rupp	Beweisverbote im Strafprozeß in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Bd. I, 3 A, S. 165
Schenke	Kompetenz des Landesgesetzgebers zur Regelung polizeilicher Befugnisse auf dem Gebiet der Strafverfolgung? JR 1970, 48
Schmidt, Eb.	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung Teil I, 2. Aufl., Göttingen, 1964 Teil II, Göttingen, 1957 zit.: Eb. Schmidt, LK, Teil ,(§), Rn.
-	Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen NJW 1962, 664
Schmidt, H.W.	Hinweise zum Betäubungsmittelgesetz MDR 1980, 969
-	Weitere Hinweise zum Betäubungsmittelgesetz MDR 1981, 881
Schöneborn	Die strafprozessuale Beweisverwertungsproblematik aus revisionsrechtlicher Sicht GA 1975, 33
Schönke/Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar 21. Aufl., München 1982
Schoreit	Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz - Rechtsprechungsübersicht 1981 NStZ 1982, 63
Schünemann	Die Belehrungspflichten der §§ 243 IV, 136 n.F. und der BGH MDR 1969, 101
Schumann	5. Strafverteidigertag NJW 1981, 1596
Schwabe	Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln NJW 1977, 1902

Seebode	Schweigen des Beschuldigten zur Person MDR 1970, 185
-	Strafverfolgung nach Polizeirecht? MDR 1976, 537
Seebode/Sydow	"Hörensagen ist halb gelogen" Der Zeuge vom Hörensagen im Strafprozess JZ 1980, 506
Segbers	Das jüngste Kind der Kripo Kriminalistik 1971, 337
Seiler	Beweismethodenverbote im österreichischen Strafprozess in: Festschrift für Karl Peters, S. 447 Tübingen, 1974
Sendler	Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozeß mit Berücksichtigung des anglo-amerikanischen und des französischen Rechts Diss. Berlin, 1956
Sieg	Die staatlich provozierte Straftat Strafverteidiger 1981, 636
Simon/Taeger	Grenzen kriminalpolizeilicher Rasterfahndung JZ 1982, 140
Singewald	Der agent provocateur Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 83 Breslau, 1908
Sonnen	Anm. zu BGH NStZ 1982, 156 JA 1982, 451
Spendel	Beweisverbote im Strafprozeß NJW 1966, 1102
Stempel	Der Lockspitzel im amerikanischen Recht Diss. Bonn, 1957
Stratenwerth	Der agent provocateur MDR 1953, 717
Stückemann	Der getäuschte Hausrechtsinhaber JR 1973, 414

Studer	Die anonyme Gewährsperson im Strafprozeß Zürich, 1975
Sydow	Kritik an der Lehre der "Beweisverbote" Diss. Würzburg, 1976
-	Verbrechensbekämpfung nach neuem Recht ZRP 1977, 119
-	Forum: § 34 StGB - kein neues Ermächtigungsgesetz! JuS 1978, 222
Thomas	Drogenkriminalität: Analyse und Lösungsmöglichkeiten am Beispiel der Stadt Frankfurt a.M. Schriftenreihe der Polizei-Führungsakademie 1/82, 32 zit.: Thomas, PFA 1/82, S.
Ullrich	Verbrechensbekämpfung Berlin - Spandau, 1961
Walder	Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozeß Schweizerische ZStR, Bd 82 (1966), 36
Weider	Zur Problematik des polizeilichen V-Mannes Strafverteidiger 1981, 151
Wilhelm	Eingriffsbefugnisse des Staates aufgrund rechtfertigenden Notstands aus strafrechtlicher Sicht Diss. Köln, 1980
Wolff/Bachof	Verwaltungsrecht, Bd. I 9. Aufl., München, 1974
Würtenberger	Reform des Strafvollzugs im sozialen Rechtsstaat JZ 1967, 233
Zillmer	Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Fernsprechgeheimnisse NJW 1965, 2094
Zühlsdorf	Probleme der polizeilichen Untergrundarbeit hier: bei der Bekämpfung der Rauschmittelkriminalität Kriminalistik 1974, 193

" Es bildet eine alte Erfahrung, daß die Denkart des Kriminalisten mit der Denkart des Kriminellen in untergründigem Zusammenhang steht. Polizisten und Verbrecher sind ja in gewissem Sinne Berufsgenossen, der agent provocateur aber, der Lockspitzel, verkörpert gleichsam die Mitte, in welcher beide Seiten dieses Berufs sich ausgleichen" [1].

1. Der Themenkreis V-Leute und insbesondere agent provocateur ist heute von großer Aktualität. Hatte der Lockspitzel schon früher bei den Problemen von Täterschaft und Teilnahme einen festen Platz in der juristischen Ausbildung, so hat er doch in den letzten Jahren erst große praktische Bedeutung bei der Verbrechensbekämpfung erlangt. Seit etwa zwei Jahren enthalten die strafrechtlichen Fachzeitschriften regelmäßig Entscheidungen, Anmerkungen und Aufsätze, die sich mit dem agent provocateur befassen, und die Tagespresse berichtet laufend über Lockspitzeleinsätze.

Angesichts dieser Praxis stellt sich die Frage, ob das denn rechtmäßig geschieht: dürfen die Polizei, die Strafverfolgungsorgane und damit letztlich der Staat selbst Straftaten provozieren, um anschließend den provozierten Täter für diese Tat zu bestrafen?

Diese Arbeit hat es sich zum Ziel gesetzt zu untersuchen, ob die Überführung von Straftätern durch Lockspitzel rechtlichen Bedenken begegnet.

---

1) Franz Werfel, Das Lied der Bernadette, zit. nach Radbruch, Sauer-Festschrift, S.125

Nach einer Einleitung, die sich mit Untergrundfahndung und agent provocateur in der heutigen Zeit befassen und einige Vorbehalte gegen diese Vorgehensweise aufzeigen wird, sollen ältere und neuere Literatur und Rechtsprechung zum Lockspitzeleinsatz herangezogen werden. Abgerundet wird diese Übersicht über den Meinungsstand mit einem Blick auf das amerikanische Recht, das vor nunmehr 50 Jahren zum Einsatz von agent provocateur die "Doctrine of Entrapment" entwickelt hat; diese und verschiedene Ansichten zu ihr sollen kurz dargestellt werden. Bei dem anschließenden eigenen Lösungsversuch werden die Rechtsgrundlage für den Lockspitzeleinsatz und die durch ihn bei dem provozierten Täter eventuell betroffenen Grundrechte im Mittelpunkt stehen. Abschließend wird untersucht werden, welche Folgen eine unzulässige Verwendung des agent provocateur für das durch ihn erlangte Beweismaterial bzw. den durch ihn überführten Täter im Strafprozeß haben kann.

Ohne den Ergebnissen der Arbeit vorgreifen zu wollen, sei an dieser Stelle bemerkt, daß die Selbstverständlichkeit, mit der der Lockspitzel heute eingesetzt wird, wohl nicht berechtigt ist; der Schritt von der möglichen Straflosigkeit des agent provocateur zur Zulässigkeit seines Einsatzes als Mittel der Verhinderung und Verfolgung von Straftaten ist nicht unbedenklich. Darf der Staat also zur Verhinderung von Straftaten Straftaten hervorrufen und vermeintliche Straftäter zu tatsächlichen Straftätern machen, um die Gesellschaft vor ihnen zu schützen?

2. Die Geschichte des agent provocateur ist alt, wenn
2.1 man so will, so alt wie die Menschheit. War nicht die Schlange, die Eva verführte, Früchte vom Baum der Erkenntnis zu essen, letztlich der Lockspitzel des Allmächtigen? In der Tat hat 1864 [1] ein amerikanisches Gericht diese Parallele in einer Entscheidung zum Problem der provozierten Straftat gezogen - und auch die Konsequenz, die Vertreibung aus dem Paradies: "Even if inducements to commit crime could be assumed to exist in this case, the allegation of the defendant would be but the repetition of the plea as ancient as the world, and first interposed in Paradise:'The serpent beguiled me and I did eat'. That defense was overruled by the Great Lawgiver, and whatever estimate we may form, or whatever judgement pass upon the character or conduct of the tempter, this plea has never since availed to shield crime or to give indemnity to the culprit, and it is safe to say that under any code of civilised, not to say christian ethics, it never will". [1]

Diese Linie hat der Supreme Court mit der Entscheidung Sorrels v. US [2] 1932 aufgegeben und seit dieser Zeit in ständiger Rechtsprechung die Doctrine of Entrapment [3] anerkannt; sie kann dazu führen, daß ein provozierter Täter für seine begangene Tat nicht bestraft wird. Auch die deutsche Rechtsprechung [4] hat sich in den letzten Jahren um Grenzen für den Einsatz von polizeilichen Lockspitzeln bemüht, desgleichen das Schrifttum [5].

---

1) Commissioners v. Backus, 29 How. Pr. 33, 42 (N.Y. 1864) zitiert nach Dietze, JÖR 28, S. 610 Fn. 111 und Comment, 74 Yale LJ 942 Fn. x
2) 287 US 435 (1932); zur früheren Rechtslage vgl. Stempel, S. 25ff
3) S. u., S. 46 ff
4) S. u., S. 15 ff
5) S. u., S. 33 ff

Es erstaunt dabei, daß der Einsatz polizeilicher Lockspitzel in Deutschland bis in die Zeit des Dritten Reiches hinein als unzulässig betrachtet und sogar durch Ministererlasse verboten wurde [1]. Obwohl man seinen Einsatz mißbilligte, wurde der a.p. bisweilen doch zur Verfolgung von Straftaten verwendet [2]. Abgesehen von wenigen überlieferten Einzelfällen aber gewann der a.p. erst in den letzten Jahren eine große Bedeutung als Fahndungsmittel.

---

1) S. u., S. 36 f

2) Dopffel, S. 1 ff, berichtet einen Fall, den das LG Frankfurt am Main im Jahre 1869 entschied: eine Fahrkartenunterschlagung von Bahnbediensteten wurde durch Lockspitzel aufgedeckt und die Täter verurteilt. Dopffel, S. 9 ff, geht davon aus, daß a.p. häufiger eingesetzt wurden, ohne allerdings weitere gerichtlich entschiedene Fälle zu belegen. Ebenso finden sich Beispiele bei Freudenstein, S. 31 f, ohne daß er Gerichtsentscheidungen angibt.
Aus dem Jahre 1912 teilt Kohlrausch, ZStW 33, 693, eine Entscheidung des RG zum a.p. mit; eine Polizeiassistentin hatte versucht, illegale Abtreibungen durch Lockspitzel aufzudecken. Die provozierte vermeintliche Täterin wurde von der Vorinstanz wegen versuchter Abtreibung verurteilt, das RG hob das Urteil auf und verwies an ein anderes Gericht; die endgültige Entscheidung ist nicht bekannt. Das RG nahm diesen Fall zum Anlaß, sich grundsätzlich gegen die Verwendung von a.p. auszusprechen.
Im Jahre 1918 verurteilte das AG Berlin einen durch a.p. verleiteten Täter (mitgeteilt von Jastrow, JW 1918, 810f und Lindenau, Deutsche Strafrechts-Zeitung 1918, 284ff); eine im Auftrag des Kriegswucheramtes tätige Detektivin bewegte einen Fabrikanten dazu, an sie Goldstücke zu verkaufen, indem sie ihm den doppelten Wert des Goldes in Banknoten bot. Solcher "Agiohandel" war zu dieser Zeit verboten. Der Täter legte Berufung ein; die Entscheidung des Berufungsgerichts ist nicht bekannt. Die Art des Vorgehens der Detektivin wurde nicht nur in der Presse mißbilligt, sondern auch von dem Berliner Polizeipräsidium. Auch Jastrow behauptet, daß dies kein Einzelfall gewesen sei, ohne allerdings andere Fälle konkret nachzuweisen.
Die Entscheidungen nach 1945 zur Zulässigkeit des a.p. werden in dieser Arbeit S. 15 ff besprochen. Hinzukommen OLG Hessen HESt 1, 233 und OLG München, NJW 72, 2275, die die Zulässigkeit des a.p. nich bezweifeln. Entscheidungen zur Strafbarkeit des a.p. s.u., S.6 Fn. 2

2.2 Die Polizei ist mehr und mehr dazu übergegangen, bei der Verfolgung und Verhinderung von Straftaten V-Leute einzusetzen. Bei der Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität ist der Einsatz von V-Leuten zur kriminalistischen Routine geworden, über die kaum noch ein Wort verloren wird [1]; in jedem größeren Drogenprozeß spielen a.p. eine Rolle [2]. Dies erscheint uns heute selbstverständlich, obgleich in Deutschland diese Art der Fahndung verboten war, in manchen Staaten noch ist [3], oder zumindest starken Einschränkungen unterworfen wird [4].

---

1) Gribbohm, NJW 81, 307; Beer, BKA Bd. 49, S.206
2) Sieg, Strafverteidiger 81, 636; Krüger, NJW 82, 855
3) § 25 ÖStPO von 1975:" Es ist den Sicherheitsorganen sowie allen öffentlichen Beamten und Vertragsbediensteten bei strengster Ahndung untersagt, auf die Gewinnung von Verdachtsgründen oder auf die Überführung eines Verdächtigen dadurch hinzuwirken, daß er zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer strafbaren Handlung verleitet oder durch insgeheim bestellte Personen zu Geständnissen verlockt wird, die dem Gericht hinterbracht werden sollen."
Ähnliche Vorschriften finden sich auch in den früheren ÖStPO von 1853 (§ 146) und 1873 (§ 25); Dopffel, S. 5,74.
4) USA, s. u., S. 46 ff

2.2.1 Aus der Arbeit mit V-Leuten haben sich verschiedene Probleme ergeben, die in Rspr. und Literatur behandelt wurden; zu nennen sind hier die Einbringung der Aussagen von anonymen V-Leuten in den Strafprozeß [1] und die Diskussion über die Strafbarkeit des a.p. [2]. Mit diesen Problemen wird sich diese Arbeit nicht befassen, sondern sie wird sich damit auseinandersetzen, ob und wann der Einsatz von Lockspitzeln zulässig ist und welche Folgen die Tatsache, daß der Täter zu seiner Straftat durch einen a.p. provoziert wurde, für ihn im Strafprozess haben kann.

---

1) Vgl. dazu aus neuerer Zeit BVerfG NJW 81, 1719ff und dazu Bruns, Neue Wege zur Lösung des V-Mann-Problems; BGH JR 81, 345 m. Anm. Franzheim, JR 81, 346; Seebode/Sydow, JZ 80, 506; Gribbohm, NJW 81, 305; Weider, Strafverteidiger 81, 151; zuletzt Rebmann, NStZ 82, 315.

2) Dazu Maaß, Jura 81, 524 und Körner, Strafverteidiger 82, 383 (Rechtsprechungsübersicht). Vgl. aber auch Karge, der a.p.; Küper, der "agent provocateur"; Stratenwerth, MDR 53, 717 m.w.N. zum älteren Schrifttum in Fn. 1,2; Singewald, der a.p.; Franzheim, NJW 79, 2015 ff, setzt sich besonders mit der Strafbarkeit des a.p. bei Gefährdungsdelikten auseinander.
Die Rspr. hat die Bestrafung des a.p. in folgenden Fällen abgelehnt: BGH 1 StR 657/72; 1 StR 300/ 74; 1 StR 559/ 74, jew. unveröffentlicht und zitiert in BGH NJW 81, 1626 und GA 1975, 333; 4 StR 760/52,mitgeteilt bei Pfeiffer/Maul/Schulte § 48, Anm. 4; BGH Strafverteidiger 82, 51, 52 m.w.N.; BGH GA 1975, 333 und NJW 81, 1626, 1627 a.E.

2.2.2 Die Polizei bedient sich verschiedener Arten von V-Leuten und übernimmt auch selbst Tätigkeiten, die typisch für V-Leute sind. Die Bezeichnungen sind unterschiedlich; es werden beamtete Spitzel, Informanten, Denunzianten und Kronzeugen [1] unterschieden oder a.p., Polizeispitzel und Vigilanten [2]. Der Name ist nicht entscheidend, sondern vielmehr die Tätigkeit: der hier interessierende Lockspitzel, Lockvogel oder a.p. ist derjenige, der zunächst einmal eine Straftat hervorrufen soll, um dann den Täter der Strafverfolgung auszuliefern und ihn bei der Ausführung der Tat stellen zu lassen [3]. Besondere Probleme ergeben sich dann, wenn die a.p. der Polizei angehören oder mit deren Auftrag oder Wissen handeln, denn dann ist dieses Verhalten dem Staat zurechenbar [4]. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob eine Anstiftung durch Private unter Umständen einer Provokation durch polizeilichen Lockspitzel gleichgestellt werden kann [5], da diese Arbeit sich nur mit staatlich provozierten Straftaten auseinandersetzt. Immerhin denkbar ist aber der Fall, dass ein Privatmann einen anderen ohne Auftrag oder Duldung der Polizei der Strafverfolgung aussetzen möchte und ihn zu diesem Zweck zu einer Straftat anregt, überredet oder zwingt [6].

---

1) Weider, Strafverteidiger 81, 151
2) Geerds, Handbuch der Kriminalistik, S. 75f und ders.,Kriminalistik, S. 186
3) Krause/Nehring Rn. 242, S. 144; Karge, S. 31
4) Berz, JuS 82, 417; Evers, S. 45 Fn. 4; Grünwald, JZ 66, 497; Krüger NJW 82, 856; Mache, Strafverteidiger 81, 600, Studer, S. 38
5) Es könnten ähnliche Probleme entstehen, wie sie als "Parallelverhalten Dritter" im Rahmen des § 136a StPO diskutiert werden. Nachw. zu dieser umstrittenen Frage bei Rogall, ZStW 91, 40ff und Sydow, Kritik, S. 100 ff.
6) BGH NJW 60, 580; vgl. bei Karge, S. 16 f; Stempel, S. 73, 116, Fn 4.

2.2.3 Ursprünglich wurde die Problematik des a.p. stets im Zusammenhang mit der Anstiftung diskutiert, provozierendes Verhalten ist aber ebenso als Beihilfe und Mittäterschaft möglich [1]. Das entscheidende Kriterium ist, daß der a.p. auf den Willen des zu Provozierenden einwirkt, wobei diesem das Endziel, die Ermöglichung der Strafverfolgung durch Eingreifen bei der Tatbegehung, verborgen bleibt. Dadurch unterscheidet er sich von den übrigen V-Leuten, die sich passiv verhalten und nur ihre Beobachtungen weiterleiten [2].

2.2.4 Der a.p. ist Bestandteil der Untergrundfahndung, die relativ neu ist und 1971 als "jüngstes Kind der Kripo"[3] von Zühlsdorf angesichts der ständig steigenden Drogenkriminalität ins Leben gerufen wurde. Zühlsdorf [4] geht dabei von dem Einsatz von V-Leuten einerseits und dem Einsatz von Polizeibeamten als Untergrundfahnder andererseits aus, die sich bei ihrer Arbeit konspirativer Methoden bedienen sollen. "Als a.p. braucht sich der Beamte jedoch kaum zu bestätigen, weil die Personen, mit denen er es zu tun hat, auch ohne Provokation zu strafbarem Tun entschlossen sind. Es handelt sich insoweit um professionelle Täter, bei denen eine ständige Bereitschaft zur Begehung strafbarer Handlungen vorhanden ist".[5]

---

1) Karge, S. 14 ff., 18 f, 33; Krause/Nehring Rn. 242, S. 144; einschränkend Plate ZStW 84, 214; Dopffel S. 87 f
2) Krause/Nehring Rn. 242, S. 144/145; Körner, Strafverteidiger 82, 383
3) Segbers, Kriminalistik 71, 339f; Hertweck, Kriminalistik 72, 268; Beer, BKA Bd. 49, 207ff
4) Kriminalistik 74, 193; Krause/Nehring Rn. 236, S. 140
5) Zühlsdorf, Kriminalistik 74, 196

Deutlicher wird Joachimski [1]: "Nach seinem Einschleusen soll und muß der V-Mann in strafrechtlich relevanter Weise tätig werden. Dabei wird er nicht umhin können, die objektiven Tatbestände von Vergehen nach § 10 OpiumG als Mittäter oder Gehilfe zu erfüllen... Der V-Mann bzw. dessen Handlungen werden häufig für andere Teilnehmer am Rauschgifthandel der entscheidende Anstoß zur eigenen Tat sein".
"Erfolgreich arbeiten... erfordert, daß der V-Mann in der Drogenhierarchie integriert werden muß, er muß "mitdealen", um es deutlich auszudrücken" [2].

2.2.5 Aus diesen Stellungnahmen ergibt sich deutlich, daß die Provokation von Straftaten zum festen Bestandteil des kriminalistischen Handwerkszeuges geworden ist. Dies gilt allerdings nicht nur für den Bereich der Drogenkriminalität. Dem BGH haben auch Fälle von Waffenhandel [3] oder versuchter Brandstiftung[4] zur Entscheidung vorgelegen; die Presse berichtete über den Einsatz von a.p.

---

1) Kriminalistik 71, 556
2) Thomas, PFA 1/82 S. 62; auch die Schilderung von Kürbis/Müller, Kriminalistik 71, 449ff, die sich einige Monate in der Rauschgiftszene als Untergrundfahnder aufhielten
3) BGH Strafverteidiger 81, 163; auch der von Lüderssen, Denninger/Lüderssen, S. 255ff, dokumentierte Fall: Hier waren a.p. Mittäter in einem letztendlich illegalen Waffengeschäft, das staatlich provoziert war und weitestgehend vom Staat finanziert wurde. Den Waffenhändlern war zugesagt worden, daß es sich um ein legales Geschäft handele und daß die notwendigen Papiere rechtzeitig herbeigeschafft würden. Da dies dann nicht der Fall war, erhielten die Waffenhändler mehrjährige Haftstrafen; die Revision hat der BGH als unbegründet verworfen, Lüderssen,aaO S. 291, Fn. 75
4) BGH NStZ 81, 70

bei Falschgoldverkauf [1], Waffenhandel [2] oder schwerem Sexualdelikt [3]. Die weitaus meisten Fälle spielen sich allerdings im Bereich der Drogenkriminalität ab, wo a.p. als Scheinaufkäufer, aber auch als Anbieter auftreten, um zu versuchen, an die "großen Fische" heranzukommen [4].

2.2.6 Die Rechtfertigung dieser Art des Vorgehens liegt auf der Hand: "Der Erfolg des Einsatzes ist für die meisten Praktiker ausreichende Legitimation" [5]. Erst in letzter Zeit wurden in der Öffentlichkeit [6] und in der Literatur [7] Stimmen laut, die Zweifel an dieser Rechtfertigung äußerten. Rechtsprechung und Literatur haben sich stets um die Frage der Strafbarkeit des a.p. bemüht, kaum aber um die nach der Zulässigkeit seiner Verwendung; sie wurde wohl stillschweigend vorausgesetzt, zumindest was die Nachkriegszeit betrifft. Der Hinweis auf die schwere oder schwer bekämpfbare Kriminalität einerseits und die Effektivität des Einsatzes von a.p. andererseits gaben den Zweck wieder, der das Mittel heiligen soll. "Diese

---

1) FAZ v. 14.4.1982
2) FAZ v. 22.4.1982
3) FAZ v. 16.7.1982; weitere Pressenachweise finden sich bei Lüderssen, Peters-Festschrift, S. 354, Fn. 9
4) Joachimski, Kriminalistik 71, 556; Beer, BKA Bd. 49, 209f; Rspr. zu a.p. und Drogenmißbrauchsbekämpfung: BGH GA 1975, 333; NJW 80, 1761; NJW 81, 1626; Strafverteidiger 81, 276 und in der gleichen Zeitschrift 82, 51; 82, 53; 82, 221; 221f; 82, 151; OLG München, NJW 72, 2275; OLG Stuttgart, MDR 80, 1038; KG Berlin, NJW 82, 838; LG Verden, Strafverteidiger 82, 364; AG Heidenheim, NJW 81, 1628
5) Franzheim, NJW 79, 2014, vgl. Weider, Strafverteidiger 81, 153
6) In der Sendung REPORT v. 18.5.1982
7) S.u., S. 33 ff; insbesondere Lüderssen, Peter-Festschrift S. 350ff, der seine Untersuchung unter den treffenden Titel "Verbrecherprophylaxe durch Verbrecherprovokation?" gestellt hat.

Methoden, ohne die die Polizei bei der Bekämpfung der Rauschmittelkriminalität nicht auskommt, sind nicht nur rechtlich problematisch, sondern gelten teilweise auch als anrüchig. Dennoch kann aber auf solche Aufklärungsmethoden nicht verzichtet werden, denn ein Verzicht würde bedeuten, daß gerade gefährliche Kriminelle nicht der Bestrafung zugeführt werden können" [1].

2.2.7 Gleichwohl kann man gegen den Einsatz von Lockspitzeln und das Provozieren von Straftaten durch die Strafverfolgungsbehörden oder ihre Helfer einige Bedenken geltend machen.

2.2.7.1 Zunächst sind hier die juristischen Argumente zu nennen, mit denen sich diese Arbeit auseinandersetzen wird. Dazu gehört die Frage nach der Rechtsgrundlage für die neue Fahndungsmethode und nach der Verwendbarkeit der durch sie beschafften Beweise.

2.2.7.2 Zu den Bedenken gehört auch die Frage nach der Strafbarkeit des a.p., die nicht Gegenstand dieser Arbeit ist [2]. Es sei aber bemerkt, daß sich der a.p. gerade bei den abstrakten Gefährdungsdelikten im Bereich des Drogen- und Waffenhandels m. E. strafbar macht. Franzheim [3] hat zu Recht darauf hingewiesen, daß § 34 StGB da wohl kaum einen Rechtfertigungsgrund liefern kann.

---

1) Zühlsdorf, Kriminalistik 74, 193
2) Nachw. s.o., S. 6 Fn. 2
3) NJW 79, 2015ff; dieses Ergebnis entspricht der h.M., die den a.p. nur dann straflos lässt, wenn er es lediglich zum Versuch des Deliktes kommen lassen will; bei Vollendung bedarf der a.p. eines besonderen Rechtfertigungsgrundes; vgl. nur Baumann, AT, S. 587

Dies hatte auch bereits Hertweck [1] erkannt und forderte deswegen vom Gesetzgeber die Schaffung eines Rechtfertigungsgrundes zum Zwecke der Strafverfolgung, da dieser nicht nur der rechtlichen Absicherung der Polizei diene, sondern auch Zweifel an den durch polizeiliche Untergrundfahnder erlangten Beweisen beseitige.

2.2.7.3 Es stimmt weiter bedenklich, daß die Strafverfolgungsorgane sich möglicherweise gezwungen sehen könnten, in manchen Fällen gegen das Legalitätsprinzip zu verstoßen. Ist der V-Mann oder der Untergrundfahnder erst einmal in der Rauschgiftszene integriert, so muß man zunächst viele kleine Dealer laufen lassen, um an die Hintermänner, um die es ja geht, heranzukommen. In erster Linie stellt sich das als ein zeitliches Problem dar, als ein Aufschub, bis man an die "großen Fische" herangekommen ist. Man überlässt das "Wann" und "Wie" des Zugriffs dem pflichtgemäßen Ermessen des Beamten [2].
Arbeitet der Untergrundfahnder oder a.p. aber längere Zeit in der Szene, so besteht die Gefahr, daß bekannte Straftäter sich rechtzeitig absetzen. Die Frage nach dem Zeitpunkt des polizeilichen Eingreifens wird also bisweilen nicht leicht zu beantworten sein. Betrachtet man in Frankfurt die "offene Szene" [3], so muß man zu

---

1) Kriminalistik 72, 269; vgl. auch Joachimski, Kriminalistik 71, 556; Krause/Nehring, Rn. 240, S. 147; Ellinger, Kriminalistik 72, 12ff
2) Ellinger, Kriminalistik 72, 11f; siehe auch die von Kürbis/Müller in Kriminalistik 71, 452 geschilderte Verhaftungswelle nach ihrem Untergrundeinsatz (auch) als a.p.; Beer, BKA Bd. 49, 207
3) Dazu Thomas, PFA 1/82, 32f, 58f; sie hat sich inzwischen an andere Stellen der Stadt verlagert

dem Schluß kommen, daß es kaum möglich sein kann, alle dort verkehrenden Drogenkonsumenten strafrechtlich zu verfolgen. Dieses Problem stellt sich in noch schärferer Form, wenn der Untergrundfahnder oder der a.p. selbst in dieser Szene integriert ist. Thomas[1] stellt wohl aus diesem Grund die Frage, ob ein materieller Verzicht auf das Legalitätsprinzip eine erfolgreichere Bekämpfungsarbeit ermögliche. Dies solle nicht bedeuten, daß Polizeibeamte generell von diesem Prinzip ausgenommen würden. "Die rechtsstaatlichen Bedenken, die gegen diese Lösung sprechen, wiegen schwer. Andererseits stellen die international organisierten Drogenhändler und die beängstigende Zahl der Rauschgifttoten eine ernste Herausforderung für unseren Staat dar". Die Frage muß mit einem klaren "nein" beantwortet werden. Die Aufgabe des Legalitätsprinzips ist schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht möglich. Es kann nicht der Exekutive überlassen bleiben auszuwählen, welchen Täter sie der Strafe zuführt und welchen nicht[2]. Die Frage selbst aber zeigt, was man alles bereit ist für eine effektive Strafverfolgung zu opfern. Die Bedenken wegen der Verletzung des Legalitätsprinzips betreffen die Untergrundfahndung im allgemeinen und sollen hier nicht weiter verfolgt werden; im Einzelfall aber muß auch der a.p. in der Szene, zumindest für eine gewisse Zeit, "ein Auge zudrücken", um sein Ziel zu erreichen.

---

1) PFA 1/82, S. 63
2) Dagegen auch Beer, BKA Bd. 49, 207, der aber von Problemen in diesem Bereich spricht

2.2.7.4 Weiter seien noch die moralischen Gefahren [1] erwähnt, die sich bei der Untergrundfahndung ergeben können. Daß auch Polizisten nur Menschen sind und der Versuchung erliegen können, zeigt das Beispiel der Hamburger Polizei, die ihr ganzes Einbruchsdezernat umbesetzen mußte, weil die Beamten wohl zu sehr in den Untergrund geraten waren: "...(es) kam zuweilen der Verdacht auf, daß sich zwischen den rund 150 Berufseinbrechern in Hamburg, den V-Männern und einigen Polizisten eine Art unheilige Allianz ergeben habe, dergestalt, daß Einbrüche gezielt gemeinsam angezettelt worden seien, damit man sich anschließend das "Honorar", jene 10 % (des Wertes der Beute), teilen könne" [2]. Wie berechtigt dieser Verdacht war, zeigt sich daran, daß bei einem der Polizisten Diebesgut gefunden wurde.
Erinnert sei auch an Oberst François, den Chef der Belgischen Drogenfahndung. Er betrieb auf eigene Faust einen blühenden Drogenhandel, zunächst, um an die Hintermänner heranzukommen, und dann, um seine finanziellen Verluste auszugleichen. Er bezeichnete sein Vorgehen als "unorthodoxe Methode der Drogenfahndung" und bekam dafür ein Jahr Haftstrafe [3].

---

1) In diese Richtung gehen auch die von Bruns, S. 61 f, gegen V-Leute geäußerten Bedenken; vgl. auch die Ausführungen Körners, Strafverteidiger 82, 385f, zur Glaubwürdigkeit von V-Personen
2) FAZ v. 19.3.1982
3) FAZ v. 16.4.1982

2.2.7.5 Schließlich darf auch nicht unerwähnt bleiben, daß es bei dem Einsatz von a.p. schon bei den in der Rspr. bekannt gewordenen Fällen zu Auswüchsen gekommen ist, die eigentlich überhaupt nicht vorkommen dürften. Da geht ein Polizeibeamter zum Schein ein Verhältnis mit einer Frau ein, um sie dann unter Ausnutzung dieser Beziehung zu Drogendelikten zu überreden und anschliessend anzuzeigen [1]. Drogenabhängige werden zu Straftaten verleitet, weil der a.p. ihnen das benötigte Heroin verspricht [2]. Es steht der Vorwurf im Raum, daß ein a.p. den Angeklagten zu der Tat gezwungen hat, indem er die Sicherheit seiner Familie bedrohte[3]. Man wird sicher nicht sagen können, daß ein solches Vorgehen typisch für den Einsatz von a.p. ist. Andererseits erhöht aber die enge Zusammenarbeit mit der Unterwelt und der Zwang, Erfolge vorweisen zu müssen, die Gefahr der Anwendung derartiger Mittel.

3. Es soll nun geprüft werden, wie die Rspr. zum Einsatz von a.p. steht und welche Grenzen sie zieht [4].

3.1 Die erste Entscheidung des BGH [5] zur Verwertbarkeit der Beweise, die durch die Provokation einer Straftat erlangt wurden, enthält die Feststellung: "...daß ein

---

1) AG Heidenheim, NJW 81, 1628
2) BGH Strafverteidiger 82, 53, 54
3) BGH Strafverteidiger 81, 163, 164; vgl. dazu auch die Fallbeispiele Körners, Strafverteidiger 82, 385
4) Vgl. hierzu auch die folgenden Rechtsprechungsübersichten, auf die bei den einzelnen Entscheidungen nicht mehr Bezug genommen wird: W.Schmidt, MDR 80, 972 und MDR 81, 884; Schoreit, NStZ 82, 66; Körner, NStZ 81, 18 und zuletzt Strafverteidiger 82, 382 ff
5) BGH GA 1975, 333 = MDR 76, 13 bei Dallinger, v. 10.6.1975

tatprovozierendes Verhalten... jedenfalls im Rahmen der Bekämpfung besonders gefährlicher oder schwer aufklärbarer Straftaten, so also auch beim Vorgehen gegen die Rauschgiftkriminalität, nicht mißbilligt werden kann, entspricht anerkannten Rechtsgrundsätzen". Neben einigen Literatur- und Kommentarstellen beruft sich der BGH auf zwei Entscheidungen des RG [1], die allerdings nicht einschlägig sind. Sie enthalten weder Grundsätze zum Einsatz von a.p., noch behandeln sie überhaupt derartige Fälle: beide Male geht es um kriminalistische Fallen [2], bei denen im Gegensatz zum Einsatz von Lockspitzeln gerade nicht auf den Willen des Täters eingewirkt wird. Im ersten Fall ließ man den zur Tat entschlossenen Täter sein Vorhaben unter den Augen der Polizei durchführen, im zweiten versuchte man den vermeintlichen Täter mittels eines Fangbriefes zu überführen [3].

Sodann zitiert der BGH eine seiner früheren Entscheidungen [4], die allerdings zur Strafbarkeit des a.p. ergangen ist. Die nächste zitierte Entscheidung [5] ist nicht veröffentlicht. Die angegebenen Literatur- und Kommentarstellen schließlich befassen sich ebenfalls nur mit der Strafbarkeit des a.p.

Daraus ergibt sich, daß der BGH wohl aus der möglichen Straflosigkeit des a.p. darauf geschlossen hat, daß sein

---

1) RGSt 53, 336 und RGSt 65, 145
2) dazu Krause/Nehring Rn. 242, S. 145 u. Rn. 246, S. 149
3) Zum "Fangbrief" vgl. auch OLG Köln, NJW 61, 2360; Ein Grenzfall zwischen kriminalistischer Falle und Lockspitzeln ist BGHSt 14, 199: Eine Kriminalbeamtin legt ihre Geldbörse oben auf ihre Einkaufstasche und begibt sich auf den Markt, um so einen Taschendieb zu überführen. Karge, S. 27, sieht in ihr einen a.p.; das ist str., Nachw. bei Plate, ZStW 84, 294 f Fn. 2
4) 4 StR 760/52, bei Pfeiffer/Maul/Schulte StGB § 46 Anm. 4
5) BGH 1 StR 657/72

Einsatz auch erlaubt sein muß. Für die Grenzziehung "jedenfalls im Rahmen besonders gefährlicher oder schwer aufklärbarer Straftaten", die "anerkannten Rechtsgrundsätzen" entsprechen soll, läßt sich aus den vom BGH angegebenen Fundstellen nichts entnehmen. Dennoch griff der BGH diesen Satz unter Hinweis auf BGH GA 1975, 333 immer wieder auf [1] und kam in der Entscheidung BGH NJW 81, 1626 zu dem Schluß, daß nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des BGH im Rahmen der Ermittlung und Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Straftaten der Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Grundsatz geboten und rechtmäßig sei.

3.2 Aus den Ausführungen des BGH zur Zulässigkeit des Einsatzes von a.p. ergibt sich auch bereits die erste Grenze, denn der Einsatz soll nur bei gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität rechtmäßig sein. BGH GA 1975, 333 führt weiter aus:"... (es) kann nicht jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, einen anderen zu einer Straftat zu veranlassen, um ihn der Strafverfolgungsbehörde auszuliefern, ohne weiteres durch den an sich erlaubten Zweck, einen Täter zu überführen, gerechtfertigt werden."

3.2.1 Der 1. Senat, der diese Entscheidung fällte, bejahte hier die Zulässigkeit der Provokation, da der Täter das Rauschgift, zu dessen Verkauf ihn der a.p. aufgefordert hatte, bereits vorher zum Zwecke der Weiterveräußerung erworben und besessen hatte. "Damit war das Verhalten des Polizeibeamten im wesentlichen nur auf die Konkretisierung eines bereits vorhandenen Tatent-

---

1) BGH NJW 80, 1761; NStZ 81, 70; Strafverteidiger 81, 163 u. 81, 276

schlusses gerichtet...".

Diese Voraussetzung, daß die Provokation der Konkretisierung des bereits vorhandenen Tatentschlusses dienen soll, übernahm der 4. Senat in einer späteren Entscheidung [1].

3.2.2 Der 1. Senat, der dieses Erfordernis aufgestellt hatte, ließ es dagegen in seiner nächsten Entscheidung zu diesem Problem wieder fallen [2]. In diesem Fall ging es um einen Kleindealer, der von einem als a.p. agierenden Polizisten aufgefordert worden war, sich auf ein "Heroingeschäft größeren Umfanges" einzulassen. Der Polizist wußte, daß es sich um einen Kleindealer handelte und nach dem Sachverhalt wendete er einige Überredungskunst an, um ihn zu dem Geschäft zu verleiten. Die Vorinstanz[3] hatte eine Verurteilung abgelehnt: "Anders als in dem Fall, der Gegenstand des Urteils BGH GA 1975, 333 gewesen sei, habe die Einwirkung des Polizeibeamten auf den Angeklagten nicht lediglich zur Konretisierung eines bereits vorhandenen Tatentschlusses, sondern zur Entschlußfassung selbst geführt".
Dem nun widersprach der BGH nicht, sondern stellte diesen Fall in der Bewertung denjenigen gleich, bei denen es um eine Konkretisierung des Tatentschlusses geht. Der Angeklagte sei schon einmal dem Polizisten gegenüber als Heroinverkäufer aufgetreten und habe damit geprahlt, er könne größere Mengen Haschisch besorgen. Dies durfte "als ausreichende Grundlage für den Verdacht auf weitaus schwerer wiegende Rauschgift-

---

1) BGH NStZ 81, 70 v. 11.9.1980
2) BGH NJW 80, 1761 = MDR 80, 681 = JZ 80, 536 v. 15.4.1980
3) ausführlich nur in JZ 80, 536 abgedruckt

geschäfte (...) angesehen werden. Dem Verdacht dadurch nachzugehen, daß er sich als Interessent einer größeren Menge einer besonders gefährlichen Droge ausgab, war dem Polizeibeamten nicht verwehrt (...) Sein (des Angeklagten) Verhalten spricht für Routine und dafür, daß er einem Geschäft der Art und des Umfangs, wie es der Polizeibeamte angeregt hatte, von vornherein nicht abgeneigt war und aufgrund bestehender Bereitschaft sogleich die Gelegenheit ergriff, die sich ihm bot".

In dieser Entscheidung zog der 1. Senat noch eine allgemeine Zulässigkeitsgrenze, die sich ähnlich auch in anderen Entscheidungen findet [1]:"Es steht außer Frage, daß es Grenzen provozierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel geben muß, deren Nichtbeachtung als ein dem Staat zurechenbarer Rechtsverstoß in das Verfahren hineinwirken würde. Das dem GG und der StPO immanente Rechtsstaatsprinzip untersagt es den Strafverfolgungsbehörden, auf die Verübung von Straftaten hinzuwirken, wenn die Gründe vor diesem Prinzip nicht bestehen können". Der 1. Senat stellte dann folgende "wesentlichen Wertungskriterien" auf, nach denen es sich richte, "ob der Angeklagte durch die Anstiftung zum Objekt des staatlichen Handelns herabgewürdigt" werde:

"Grundlage und Ausmaß des gegen den Angeklagten bestehenden Verdachts, Art, Intensität und Zweck der Einflußnahme des Polizeibeamten, Tatbereitschaft und eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten des Angeklagten" [2].

---

1) schon vorher: BGH GA 1975, 333; später BGH Strafverteidiger 81, 163; NJW 81, 1626; Strafverteidiger 81, 276

2) Sie werden weiterhin genannt in BGH NStZ 81, 70, wo der 4. Senat sie heranzieht, um festzustellen, ob die Provokation der Konkretisierung eines bereits vorhandenen Tatentschlusses dienen sollte; BGH NJW 81, 1626 und Strafverteidiger 81, 276, ohne allerdings auf die Konkretisierung abzustellen; auf diese Kriterien bezieht sich auch BGH Strafverteidiger 81, 163, 164

Zunächst zog der BGH die Grenze für den Lockspitzeleinsatz also bei der Konkretisierung des bereits vorhandenen Tatentschlusses, dann stellte er diesem Fall gleich, daß ein "hinreichender Verdacht der Begehung schwerer Straftaten" vorlag.
Wiederum der 1. Senat [1] bezeichnete in seiner nächsten Entscheidung "Grundlage und Ausmaß" des Verdachts als wesentliche Voraussetzung; unter Hinweis auf einen Beschluß des BVerfG [2] betonte er: "der Staat darf grundsätzlich nicht unbescholtene Bürger zur Begehung von Straftaten verleiten".

Auch der 3. Senat [3] wendete zur Abgrenzung die wesentlichen Wertungskriterien an.

3.2.3 Eine entscheidende Wende brachte die Entscheidung des 2. Senats vom 6.2.1981 [4], die in der Literatur auf Kritik stieß [5].
Hier wurde "der nicht vorbestrafte, unbescholtene und des Handelns mit Rauschgift bis dahin nicht verdächtige Angeklagte" von dem Zeugen "auf gut Glück" angesprochen und gefragt, ob er ihm eine größere Menge Heroin beschaffen könne. Nach anfänglicher Weigerung versprach er dann, sich einmal umzuhören und bot dem a.p. schließlich 100 g Heroin an; bei der Übergabe wurde er

---

1) Strafverteidiger 81, 163 = NStZ 81, 104 v. 21.10.1980
2) 2 BvR 955/80 v. 11.9.1980
3) Strafverteidiger 81, 276 v. 25.3.1981
4) NJW 81, 1626 = Strafverteidiger 81, 392 m. Anm. v. Mache, Strafverteidiger 81, 599 = MDR 81, 683 = Kriminalistik 81, 350
5) Berz, JuS 82, 416ff; Mache, Strafverteidiger 81, 599ff; Sonnen, JA 82, 452 meint, daß die Grenzziehung des BGH mit dieser Entscheidung bis zur Konturlosigkeit verschwimme; FAZ v. 19.5.1981 bezeichnet die Grenzen als "recht großzügig".

festgenommen. Diesmal war der a.p. kein Polizist, sondern ein Privatmann, der für seine Tätigkeit Geld von der Polizei erhielt und sich Vorteile in einem Drogenprozeß, der gegen ihn selbst anhängig war, erhoffte. Nach der Aufzählung der "wesentlichen Wertungskriterien" fährt der Senat fort: "Indessen genügt das Fehlen eines solchen Verdachts für sich genommen noch nicht, die Zulässigkeit der Strafverfolgung wegen der dann begangenen Tat in Frage zu stellen. Eine andere Beurteilung wäre nur geboten, wenn der a.p. in nachhaltiger Weise auf den Täter eingewirkt hätte, um ihn zur Begehung der Straftat zu bestimmen. Bei erheblicher Einwirkung - etwa wiederholten, länger andauernden Überredungsversuchen, intensiver und hartnäckiger Beeinflussung - kann das provozierende Verhalten des Lockspitzels ein solches Gewicht erlangen, daß demgegenüber der eigene Beitrag des Täters in den Hintergrund tritt. Hat ein im Auftrag oder mit Billigung staatlicher Behörden tätiger a.p. den Täter erst durch eine - im beschriebenen Sinne - erhebliche Einwirkung vom Wege des Rechts abgebracht, so setzt sich der Staat dem Vorwurf widersprüchlichen und arglistigen Verhaltens aus, wenn er es nun unternähme, den Täter zu verfolgen, um ihn wieder auf den Weg des Rechts zurückzuführen". [1]

3.2.4 Damit geht es nicht mehr um die Konkretisierung oder die Erforschung eines Verdachtes, da dieser nicht mehr vorzuliegen braucht. Wesentlichstes Kriterium der wesentlichen Wertungskriterien scheint die Art und

---

1) BGH NJW 81, 1626, 1627

Intensität des Einwirkens des a.p. zu sein. Dies bestätigt die weitere Rechtsprechung des 2. Senats. In seinem Beschluß vom 13.11.1981 [1] läßt er als wesentliche Einwirkung gelten, wenn einem Drogenabhängigen die Überlassung von Heroin als Belohnung für die Mitwirkung in Aussicht gestellt wird.

In den beiden Beschlüssen vom 23.12.1981 [2] stellte er ebenfalls auf das Gewicht des provozierenden Verhaltens ab. In Strafverteidiger 82, 151 machte er deutlich, daß das "Verfahrenshindernis" für alle Taten gelte, die infolge der nachhaltigen Einflußnahme des a.p. begangen wurden. Diesen Grundsatz jedoch erklärt er am Ende der Entscheidung wieder für umkehrbar: "Allerdings kann schon allein die Tatsache, daß ein Täter über einen längeren Zeitraum hinweg mehrere Taten begeht, für die Gewichtung seines Verhaltens so bedeutsam sein, daß demgegenüber die Tatprovokation in den Hintergrund tritt". [3]

In den letzten drei Entscheidungen des 2. Senats werden die "wesentlichen Wertungskriterien" nicht mehr erwähnt.

3.3 Nachdem der BGH Grenzen für den Einsatz von Lockspitzeln sieht, fragt es sich nun, was mit den durch den Einsatz gewonnenen Beweisen geschehen soll, wenn dieser unzulässig war.

---

1) Strafverteidiger 82, 53 = NStZ 82, 126
2) Strafverteidiger 82, 221 und Strafverteidiger 82, 151 = NStZ 82, 156 = MDR 82, 448 = JA 82, 451 m. Anm. v. Sonnen
3) Strafverteidiger 82, 151, 152f

3.3.1 BGH GA 1974, 333 behandelt diese Frage zunächst unter dem Gesichtspunkt des § 136a StPO, also einer Vorschrift des Prozessrechts. Am Ende der Entscheidung lehnt er zusätzlich noch eine "Verwirkung des staatlichen Strafspruches" ab. [1)]
§ 136a StPO wird in den späteren Entscheidungen des BGH nicht mehr erwähnt.
Von "Verwirkung des staatlichen Strafanspruches" spricht BGH Strafverteidiger 81, 276 und davon, daß "der staatliche Strafanspruch nicht entstanden oder entfallen sein könnte" BGH NJW 80, 1761 und NStZ 81, 70.
In zahlreichen Entscheidungen [2)] findet sich der Satz "es steht außer Frage, daß es Grenzen tatprovozierenden Verhaltens des polizeilichen Lockspitzels geben muß, deren Nichtbeachtung in das Strafverfahren hineinwirken würde".

3.3.2 Danach scheint der BGH eine prozessuale Einordnung des Problems vornehmen zu wollen, was der 2. Senat[3)] deutlich ausdrückt: der unrechtmäßige Einsatz von Lockspitzeln bringe "ein auf den Täter beschränktes Strafverfolgungsverbot, das die Wirkung eines von Amts wegen zu beachtenden Verfahrenshindernisses entfalte" hervor. Konsequenterweise prüft er dann in NJW 81, 1626 die Berechtigung des Lockspitzeleinsatzes im Wege des Freibeweises.

---

1) BGH GA 1975, 333, 334
2) BGH NJW 80, 1761; NStZ 81, 70; Strafverteidiger 81, 163; NJW 81, 1626
3) BGH NJW 81, 1626; Strafverteidiger 82, 53 f und 151, 2. Lts., 152

Demnach bedeutet das auf den Täter beschränkte Strafverfolgungsverbot nicht, daß ein Strafausschließungsgrund im Sinne des materiellen Rechts vorliegen soll, sondern daß der unzulässige Lockspitzeleinsatz dazu führt, daß das Verfahren eingestellt werden muß.

3.3.3 Allerdings wertet der BGH den Einsatz von a.p. auch materiellrechtlich. In bisher drei Entscheidungen [1] verlangt er, den Lockspitzeleinsatz bei den Strafzumessungserwägungen und der Bestimmung des Strafrahmens zu berücksichtigen. Er geht in diesen drei Entscheidungen von einem zulässigen Einsatz von a.p. aus, stellt aber fest, daß die Anstiftung durch einen polizeilichen Lockspitzel zur Verneinung eines besonders schweren Falles trotz Vorliegens eines Regelbeispiels führen könne.

Daraus ergibt sich, daß der BGH den Einsatz von a.p. auf zwei Ebenen würdigt: Zunächst prüft er die Zulässigkeit des Einsatzes unter dem Gesichtspunkt eines Verfahrenshindernisses und berücksichtigt dann den an sich zulässigen Einsatz als strafmindernd bei der Festlegung des Strafrahmens und der allgemeinen Bemessung.

3.3.4 Ein kurzer Blick sei auf die zu dem Problem veröffentlichten Entscheidungen der Untergerichte gerichtet. Keines dieser Gerichte hält den Einsatz von a.p. grundsätzlich für unzulässig.

---

1) Strafverteidiger 82, 51 v. 21.10.81, S. 52; Strafverteidiger 82, 221 v. 25.11.81; Strafverteidiger 82 221 v. 23.12.81,2. Lts., S. 221 f

Das AG Heidenheim [1] entschied den bereits geschilderten Fall der Angeklagten, die von ihrem scheinbaren Freund zu Straftaten verleitet worden war. Es sah in diesem Vorgehen einen "eklatanten Verstoß" gegen das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, weswegen der Strafanspruch des Staates verwirkt sei und das Verfahren eingestellt werden müsse. Dies entspricht der Konsequenz, die der BGH aus dem unzulässigen a.p.-Einsatz zieht.
Im Falle des LG Verden [2] wurde der offensichtlich unverdächtige Angeklagte auf dem Weg zur Arbeit in der S-Bahn von einem a.p. namens Jakob angesprochen; diese zunächst flüchtige Bekanntschaft wurde intensiver und nach mehreren Treffen forderte Jakob ihn auf, ein Rauschgiftgeschäft zu vermitteln. Nach zahlreichen Überredungsversuchen und Zahlungen kleinerer Geldbeträge tat der Angeklagte es auch schließlich, denn er "war nunmehr zu der festen Annahme gelangt, daß er für die Polizei arbeiten, demnach als Mittelsmann fungieren solle und Jakob als Verbindungsmann den Kontakt zur Hamburger Polizei herstelle". Als er dann im Verfahren gegen die durch ihn und Jakob provozierten und bei der Übergabe verhafteten Rauschgifthändler als Zeuge aussagte, wurde er beim Verlassen des Gerichtssaals verhaftet. Das LG Verden nahm ein Verfahrenshindernis an und stützte sich dabei auf die neuere Rechtssprechung des 2. Senats, stellte also nur auf die Intensität des Einwirkens des Lockspitzels ab [3].

---

1) AG Heidenheim NJW 81, 1628 f. v. 27.11.1980
2) Strafverteidiger 82, 364 v. 22.10.1981
3) A.a.O., S. 365 unter Berufung auf BGH NJW 81, 1626

Das OLG Stuttgart [1] entschied einen Fall, bei dem ein a.p. einen bislang rechtstreuen Bürger durch besonders intensive Einwirkung zur Begehung einer Straftat veranlaßt hatte. Es prüfte nicht, ob der Einsatz zulässig war, sondern wendete § 57 II StGB an, da die Tat "des so der Kriminalität zugeführten Täters" außergewöhnlich sei.
Das KG Berlin [2] liegt ganz auf der Linie der neuesten Rspr. des BGH; nachdem es den Lockspitzeleinsatz für zulässig erklärt hatte, verwies es den Fall an die Vorinstanz zurück, da der Einsatz des a.p. nicht in den Strafzumessungsgründen berücksichtigt worden sei. Dies habe nämlich zu geschehen, da es sich um eine ähnlich wichtige Tatsache handele, wie das mitwirkende Verschulden des Verletzten. "Diese für das Verkehrsstrafrecht entwickelten Grundsätze sind auf den hier vorliegenden Fall der Mitwirkung eines a.p. entsprechend anzuwenden. Beiden Fallgruppen ist nämlich gemeinsam, daß ein anderer bei der Straftat mitwirkt und dadurch das Verschulden des Täters in einem milderen Licht erscheinen kann". Es weist darauf hin, daß diese Mitwirkung auch die Auswahl des Strafrahmens bei der Prüfung eines besonders schweren Falles beeinflussen kann [3].

3.3.5 Zusammenfassend ist festzustellen, daß kein Gericht grundlegend Zweifel an der Zulässigkeit des Einsatzes von a.p. geäußert hat.

---

1) OLG Stuttgart MDR 80, 1038 v. 26. 6. 1980
2) KG Berlin, NJW 82, 838 v. 9. 9. 1980
3) KG Berlin, a.a.O. S. 839

Er soll bei der Bekämpfung gefährlicher und schwer aufklärbarer Straftaten nicht zu mißbilligen sein. Zunächst ließ der BGH den Lockspitzeleinsatz zu, wenn es um die "Konkretisierung des bereits vorhandenen Tatentschlusses" ginge [1]. Dem stellte er dann den "begründeten Tatverdacht" gleich [2] und wendete zur Abgrenzung die "wesentlichen Wertungskriterien" an [3]; diese wiederum brauchten nach der Entscheidung BGH NJW 81, 1626 nicht mehr kumulativ vorzuliegen.
Am Ende der Entwicklung, bei den letzten Entscheidungen des 2. Senats[4], stand nur noch die Stärke der Einwirkung des a.p. auf den Täter im Mittelpunkt der Betrachtung. Der unzulässige Einsatz von a.p. soll ein Verfahrenshindernis darstellen [5], der zulässige soll bei der Strafzumessung mitberücksichtigt werden können. [6]

3.3.6 Zu dieser Rechtsprechung ist zunächst zu sagen, daß es wohl fraglich sein dürfte, ob sich allein aus der Tatsache, daß der a.p. unter Umständen nicht strafbar ist, bereits ableiten läßt, daß er auch tatsächlich eingesetzt werden darf.
Dies gilt insbesondere, weil der Einsatz von a.p., was noch zu behandeln sein wird [7], in der Zeit vor dem 3. Reich, ja bis in den Beginn dieser Zeit hinein, gerade nicht zulässig war. Dementsprechend sind die

---

1) BGH GA 1975, 333
2) BGH NJW 80, 1761
3) BGH NJW 80, 1761; NStZ 80, 70; Strafverteidiger 81, 276
4) BGH NJW 81, 1626; Strafverteidiger 81, 53; 82, 221 und 82, 151
5) BGH NJW 81, 1626; Strafverteidiger 82, 53 und 82, 151
6) BGH Strafverteidiger 82, 51; 82, 221 und 82, 221 f
7) S. u., S. 28f, 33ff

vom BGH zitierten Entscheidungen auch nicht einschlägig, denn das RG hat, soweit ersichtlich, diese Fahndungsmaßnahme an keiner Stelle für zulässig erklärt oder Grenzen in dem Sinne gezogen, wie sie der BGH als "anerkannte Rechtsgrundsätze" bezeichnet. Im Gegenteil hat das RG dieses Vorgehen in dem von Kohlrausch [1] geschilderten Fall ausdrücklich verurteilt: "Jedenfalls ist ein solches Verfahren nach den Grundsätzen, die den Strafprozess beherrschen und die im Ermittlungsverfahren auch für die Polizeibehörden maßgebend sind, entschieden zu mißbilligen (...). Eine solche Irreführung ist aber, auch wenn sie nicht unter das Strafgesetz fällt, doch vom allgemein sittlichen Standpunkt, den die Behörden der Strafrechtspflege ohne Rücksicht auf Erfolge einzunehmen haben,nicht zu billigen[2] (...). Die Aufforderung anderer zur Begehung eines Verbrechens (...) wird zwar, wenn sie nicht ernstlich gemeint war, nicht bestraft, selbst wenn sie von dem Aufgeforderten für ernst gehalten und als solche angenommen wurde. Unter allen Umständen verbietet sich aber die Anwendung von solchen Scheinaufforderungen im Strafverfahren, denn es ist unaufrichtig und jedenfalls mit dem Ansehen der Behörden der Strafrechtspflege unvereinbar, wenn deren Beamte oder Beauftragte sich dazu hergeben, in gefährlicher Weise zum Verbrechen

---

1) ZStW 33, 693, Urteil des 1. Strafsenats v. 20.1.1912
2) A.a.O. S. 694

anzulocken, und auch, wenn sie nur den Schein erwecken, als ob sie Täuschung oder sonstige unlautere Mittel in den Dienst der Rechtspflege stellten" [1)2)]. Also hätte der BGH eine neue Rechtsprechung beginnen und diese begründen müssen, anstatt aus der bloßen Möglichkeit der Straffreiheit des a.p. die Zulässigkeit seines Einsatzes zu folgern. Man wird also sagen können, daß das Fundament, auf dem die heutige ständige Rspr. des BGH aufbaut, vielleicht nicht ganz so fest ist, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag.

Untersucht man das Argument des BGH weiter, daß "ein tatprovozierendes Verhalten...jedenfalls im Rahmen besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Straftaten nicht mißbilligt werden kann" [3)], so stellt sich die Frage, welche Art von Delikten damit nun gemeint sein soll. M.E. ist diese Grenze zu weit gefaßt, insbesondere wenn man, wie der BGH, die gesamte Rauschmittelkriminalität damit umfassen will. In dem Katalog des § 100a StPO, der die Überwachung des Fernmeldeverkehrs in den Fällen der Bekämpfung besonders gefährlicher Straftaten vorsieht,

---

1) A.a.O. S. 695
2) Selbst die Behauptung der Vorinstanz, daß der Lockspitzeleinsatz eine übliche Praxis sei, bezweifelt das RG, aaO S. 694. Auch die oben, S.4 Fn. 2 berichteten Entscheidungen des AG Berlin und des LG Frankfurt können wohl kaum zur Begründung einer den a.p. billigenden Rspr. herangezogen werden; entscheidend ist die ablehnende Stellungnahme des RG
3) BGH GA 1975, 333

finden sich nur besonders schwere Verstöße gegen das BTMG [1]. Der BGH zählt aber zu den besonders gefährlichen Straftaten, bei deren Bekämpfung der Lockspitzeleinsatz nicht mißbilligt werden kann, auch den gelegentlichen Handel mit kleinen Mengen Haschisch - immerhin auch ein Tatbestand, der unter das BTMG fällt. Wenn der BGH selbst schon Bedenken gegen diese Fahndungsmethode äußert, indem er sagt, daß sie nur angewendet werden kann, wenn die Gründe dafür auch vor dem Rechtsstaatsprinzip bestehen können, so erscheint es nicht überzeugend, sie in dem gesamten Bereich der Drogenmissbrauchsbekämpfung zuzulassen, also auch bei relativen Bagatelldelikten. Zu der Eingrenzung "schwer aufklärbarer Straftaten" ist zu sagen, daß das für jede Straftat zutreffen kann, vom Warenhausdiebstahl bis zur Computerkriminalität. Wenn der BGH den Lockspitzeleinsatz nicht immer und unbeschränkt zulassen will, muß er deutlichere Grenzen ziehen.

Immerhin ist diese Grenze, die sich auf die Art von Straftaten bezieht, bei denen der Lockspitzeleinsatz möglich sein soll, konstant geblieben. Anders sieht es mit der Grenzziehung aus, die sich mit den weiteren Voraussetzungen des Einsatzes befaßt; sie dehnte sich von der Konkretisierung des Tatenschlusses über den Einsatz ohne Verdacht gegen den Täter bis dahin aus, daß es nur darauf ankommt, wie stark der a.p. auf den Täter einwirkt. Das dürfte wohl mit Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der gerichtlichen Entscheidung wenig gemein haben [2].

---

1) BTMG §§ 29, III, Nr. 1,4; 30, I, Nr. 1, 2; 30, I, Nr. 4 bei gewerbsmäßiger Begehung oder als Mitglied einer Bande
2) Sieg, Strafverteidiger 81, 673

Besonders deutlich wird das bei der Entscheidung BGH NJW 80, 1761: die Vorinstanz [1] hat sich an die Grundsätze gehalten, die der BGH in GA 1975, 333 entwickelt hatte; danach hatte dieses Gericht richtig entschieden. Die Verurteilung des Täters konnte dann nur erreicht werden, indem der BGH den Verdacht der Konkretisierung des Tatentschlusses gleichstellte. Die in dieser Entscheidung festgelegten "wesentlichen Wertungskriterien" hätten für eine gewisse Stabilisierung der Rspr. sorgen können, insbesondere der unter Berufung auf das BVerfG geforderte Verdacht. Gerade dieses Erfordernis ließ der 2. Senat kurze Zeit später fallen und stellte nur noch auf die "erhebliche Beeinflussung" durch den a.p. ab [2]. Dies ist aber eine vollkommen andere Betrachtungsweise, denn zunächst stand der Täter im Mittelpunkt der Überprüfung und zuletzt der a.p. bzw. die Intensität seiner Einflußnahme.
Bedenkt man, daß alle diese Entscheidungen, mit Ausnahme der ersten, in einem Zeitraum von etwa 2 Jahren ergangen sind, so kann man wohl bezweifeln, daß es sich dabei um eine kontinuierliche Entwicklung der Rspr. handelte. Vielmehr entsteht der Eindruck, daß einerseits gewisse Grenzen anerkannt werden, die man dann aber andererseits dem jeweiligen Fall anpaßt, um zu der kriminalpolitisch sicher erwünschten Verurteilung des durch a.p. überführten Täters zu gelangen. Immerhin hat der Täter ja eine Tat begangen und es fällt verständlicherweise schwer, diese einfach zu

---

1) Wiedergegeben nur in JZ 80, 536
2) BGH NJW 81, 1626

ignorieren [1]. Es ist offensichtlich, daß diese bisher aufgezeigten Grenzen vom BGH auch weiterhin als dehnbar betrachtet werden; das deutet sich am Ende von BGH Strafverteidiger 81, 151 ff an, wonach mehrere provozierte Taten ein solches Gewicht erlangen können, daß demgegenüber die Tatprovokation in den Hintergrund treten kann. Warum soll dies aber nicht auch für eine einzelne, besonders schwere provozierte Tat gelten können, wie z. B. ein besonders großes Heroingeschäft? Dann aber hat man einen Zirkelschluß erreicht, der wohl kaum noch eine Grenzziehung zuläßt und in den meisten Fällen zur Verurteilung führen dürfte; der BGH sieht ja in jedem Drogendelikt eine besonders gefährliche Straftat [2].

Vergleicht man nun die Entscheidungen der verschiedenen Senate, so ergibt sich folgendes Bild:
Der 1. Senat hielt in seiner letzten Entscheidung [3] an den "wesentlichen Wertungskriterien", insbesondere am Verdachtserfordernis, fest.
Der 2. Senat [4] legte zuletzt nur noch Wert auf die Stärke der Beeinflussung durch den a.p. und ließ das Verdachtserfordernis und die "wesentlichen Wertungsgesichtspunkte" fallen.

---

1) "Da scheint denn doch die Frage an der Zeit, ob es nicht Mittel und Wege gibt, die Richter vor einer Rolle zu schützen, die sie zu Spießgesellen des Lockspitzeltums herabwürdigen muß", Jastrow, JW 1918, 810
2) BGH GA 1975, 333
3) BGH Strafverteidiger 81, 163
4) Strafverteidiger 82, 53; 82, 221; 82, 151

Der 3. [1] und 4. Senat [2] haben so entschieden, wie der 1. Senat. Damit kann das Schicksal eines provozierten Täters also davon abhängen, vor welchen Senat sein Fall kommt: Während der 2. Senat heute in erster Linie auf die Mittel abstellt, mit denen die Tat provoziert wird, legen die übrigen Senate das Schwergewicht auf das Verhalten des Provozierten; Art, Intensität und Zweck der Beeinflussung ist nur eines neben den drei anderen "wesentlichen Wertungskriterien", nämlich Grundlage und Ausmaß des bestehenden Verdachtes, Tatbereitschaft und eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten des Angeklagten.

Es ist also festzuhalten, daß der BGH gewisse Grenzen für den Einsatz von Lockspitzeln sieht und daß diese sich im Laufe seiner Rspr. zu diesem Problem erheblich verschoben haben; die Senate legen unterschiedlich das Hauptgewicht bei der Zulässigkeitsprüfung mehr auf den provozierten Täter oder mehr auf die Stärke der Provokation.

Nach diesem Überblick über den Stand der Rspr. ist jetzt zu prüfen, wie die Literatur zu dem Lockspitzeleinsatz steht.

Wenn man bedenkt, wie wenig heute der Einsatz von Lockspitzeln in Frage gestellt wird, so erstaunt ein Blick in das ältere Schrifttum, denn hier wird er durchgehend abgelehnt und für unzulässig gehalten. V. Mohl [3] untersuchte 1866 die Vor- und Nachteile einer geheimen

---

1) Strafverteidiger 81, 276
2) BGH NStZ 81, 70
3) A.a.O., S. 478 ff

Polizei, die in etwa dem entspricht, was wir heute als Untergrundfahndung kennen;er stellte dabei auch schon fest, daß die Zweckmäßigkeit dieser Maßregel außer Frage stünde [1]. Er äußert aber auch schwerwiegende Bedenken: "Man glaubt, und nicht immer zu Unrecht, daß von den Spähern niederträchtige Mittel angewendet werden, um zu ihrem Zwecke zu gelangen[2] (...). Ist es nicht empörend, wenn, wie ohne Zweifel nicht selten vorkommt, der geheime Agent selbst zuerst zur Vorbereitung oder gar Begehung eines Verbrechens anreizt, dann aber Anzeige macht, um das Blutgeld zu beziehen?" [3] Er führt dann eine ganze Liste von möglichen Mißbräuchen an, deren ersten ich hier nur wiedergeben möchte, denn er wurde bereits als heute aktuell [4] vorhanden angesprochen: "Wenn Agenten in der Ausübung ihres Auftrages Gesetzwidrigkeiten straflos nachgesehen werden. Es ist geradezu widersinnig, die Verhinderung eines Unrechts durch Gestattung eines anderen Unrechts zu bewirken, und es läuft gegen die ersten Grundsätze des Staates, Verletzungen des Rechts selbst anzuordnen oder auch nur wissentlich zu dulden. Mit welcher Stirne will man in anderen Fällen die gesetzlichen Strafen anwenden, wenn man sie da nachläßt, wo sie zum eigenen Vortheile gereichen? Und welche Folgen muß ein solches Verhalten auf den allgemeinen Rechtssinn und auf die Achtung vor dem Gesetz bei dem Volke haben? (...) Einem Vertrauten also,

---

1) A.a.O., S. 479; vgl. Freudenstein S. 32
2) A.a.O., S. 481
3) S. 481 Fn. 2
4) So die Diskussion um die Straflosigkeit des a.p. und die Erwägungen zur Einschränkung des Legalitätsprinzips, s.u., S. 6, 12f

welcher die Rolle des bloßen Beobachters verläßt und selbst zu Verbrechen anreizt, um sodann die von ihm Verführten anzuzeigen, gebührt die volle Strafe des intellektuellen Urhebers des in Frage stehenden Verbrechens"[1]. Freudenstein [2] schreibt 1883: "Der schlimmste Mißbrauch ist es aber, wenn Polizeibeamte selber Verbrechen anstiften, was häufiger vorkommt, als man glaubt. (...) Die Moral anbelangend, so hat auch der Verdächtige den Polizeibeamten gegenüber einen Anspruch auf Treu und Glauben, welcher durch die obigen Schritte verletzt wird. Die Polizei soll Verbrechen verhüten, nicht hervorrufen"[3].

Wenn diese Autoren sich in ihrer Mißbilligung der Verwendung von a.p. auch einig sind, so fehlt es doch an praktischen Vorschlägen, wie der Lockspitzeleinsatz auf die Bestrafung oder Schuld des von ihm Betroffenen ange-

---

1) A.a.O., S. 484
2) A.a.O., S. 31 f
3) Freudenstein, S. 32; selbst Singewald, der bei seiner Untersuchung zur Strafbarkeit des a.p. 1908 in den meisten Fällen zu dessen Straflosigkeit kam, bedauert in seinem Schlußwort dieses Ergebnis (S. 122): "So wird der a.p. u.E. auf dem Boden der lex lata in der Hauptsache sein Unwesen müssen weiter treiben dürfen. Er wird die Zahl der Verbrechen nicht mindern, indem er die Zahl der Verbrechen vermehrt, er wird die Menschheit nicht glücklicher machen, indem er, ihr Rechtsgüter zu erhalten, Menschen ihr zum Opfer bringt. Er wird Menschen vergiften, wo es vielleicht Menschen zu retten gölte: vor der Welt aber wird er frech die Stirn erheben dürfen und ein makelloser Mensch dastehen. Quousque tandem? ---". Im gleichen Sinne äußern sich auch Jastrow (JW 1918, 810) und Lindenau, Deutsche Strafrechts-Zeitung 1918, S. 285 und dort nachgewiesen das Berliner Polizeipräsidium und die Presse zu dem vom AG Berlin entschiedenen Fall

rechnet werden soll [1]. Dies verwundert auch nicht, da z. B. die Lehre von den Beweisverboten erst 1903 von Beling begründet wurde; aber selbst danach führte diese noch ein zurückgezogenes Dasein und erlangte ihre volle Bedeutung erst nach dem 2. Weltkrieg [2]. Aus den Stellungnahmen wird aber deutlich, daß die Provokation von Straftaten durch polizeiliche Lockspitzel nicht gebilligt wurde. Diese Meinung wurde auch später noch vertreten:

Retzlaff schreibt 1925 in seinem Polizeihandbuch: "Die Verwendung von Lockspitzeln (a.p.) ist unzulässig, in Deutschland auch nicht üblich" [3].
Ähnlich steht es selbst 1937 noch in Meyers Polizeilexikon [4]: "Unbedingt verboten ist es, solche Agenten zu veranlassen, andere Personen zur Begehung strafbarer Handlungen zu veranlassen ...". Erlaß des Innenministeriums

---

1) Vorschläge macht nur Jastrow, JW 1918, 810: "Sehr viel könnten die Gerichte im Wege der Selbsthilfe zur Wahrung der eigenen Würde beitragen, indem sie in Fällen, die dazu geeignet sind, auf die Mindeststrafe erkennen und dem eine Begründung hinzufügen, die das Treiben der Polizei in seiner ganzen Gemeingefährlichkeit brandmarkte. Es würde eine trefflich erziehliche Wirkung ausüben, wenn einmal in einem aufsehenerregenden Fall das Gericht erklären würde, es habe zwar den Angeklagten nicht freisprechen und den wirklich Schuldigen nicht verurteilen können, spreche aber nur eine Geldstrafe von DM 1,-- aus, um damit zu bekunden, wie geringfügig das Verbrechen des Angeklagten sei gegenüber dem schweren Verschulden der polizeilichen Agenten und der Polizeibehörden selbst, die so verwerfliche Elemente in ihren Dienst nähmen, daß sie ihre Auftragsüberschreitungen nicht mehr überwachen und verhindern könnten".
2) Dazu u., S. 110 ff
3) S. 1038 Fn. xx
4) Bd. II S. 1216 Stichwort "Spitzel"

vom 9.4.1913 [1]: "Es ist unter allen Umständen unzulässig, daß Polizeibeamte selbst oder durch Dritte, sei es gegen Entgelt oder ohne Entgelt, Personen zur Begehung strafbarer Handlungen zu veranlassen suchen, um dadurch einen bestehenden Verdacht bestätigt zu erhalten. Beamte, die hiergegen verstoßen, sind stets zur Verantwortung zu ziehen und gegebenenfalls streng zu bestrafen".

2 Diese im Vorhergehenden zitierte Auffassung wurde auch nach dem 2. Weltkrieg in der Literatur noch vertreten. Ullrich [2] warnte, daß eine Betätigung als Lockvögel unter allen Umständen vermieden werden müsse, einmal, weil die Verwendung von Lockspitzeln als Mittel der Verbrechensbekämpfung unmoralisch sei, und zum anderen das in § 136a StPO sanktionierte Verbot Platz greifen könne, wenn sich die nachfolgende Vernehmung auf die Art der Überführung gründe.
Geerds [3] hält den Einsatz von Lockspitzeln für unzulässig, da dieser -nüchtern betrachtet- als Anstifter zu bestrafen sei. Es komme nicht darauf an, ob er wirklich den Erfolg der vollendeten Straftat wolle bzw. nicht wolle. Niemand, auch die Strafverfolgungsbehörde nicht, habe das Recht, einen anderen Menschen bewußt zu einer kriminellen Tat zu verleiten [4].

---

1) Fundstelle bei Retzlaff a.a.O.; durch weiteren Ministerialerlaß vom 18.9.1918 in Erinnerung gebracht; vgl. auch Meyers Polizeilexikon unter "Spitzel" und Lindenau, Deutsche Strafrechts-Zeitung 1918, S. 285
2) Verbrechensbekämpfung, S. 343; ähnlich Bauer, Moderne Verbrechensbekämpfung Bd. II, S. 342
3) Handbuch der Kriminalistik, S. 74; ders., Kriminalistik, S. 186
4) Im Ergebnis ebenso: Evers, S. 161; Peters, LB, S. 311; Mehner, S. 59; für das schweizer Recht: Studer, S. 39 m.w.N. in Fn. 9

4.3 Alle diese Meinungen haben sich bisher nur mit der allgemeinen Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von a.p. beschäftigt, nicht jedoch damit, was mit dem dergestalt erlangten Beweismaterial und dem so überführten Täter geschehen soll. Diese Frage wurde erst in neuerer Zeit aufgeworfen und mit recht unterschiedlichen Ergebnissen diskutiert.

4.3.1 Stempel [1] beendet seine Untersuchung über den Lockspitzel im amerikanischen Recht mit Überlegungen, wie die Grundgedanken der D.o.E. auf das deutsche Strafprozeßrecht übertragen werden könnten. Für die Beurteilung der Frage der Zulässigkeit des Lockspitzeleinsatzes will er den objektiven Test anwenden [2]. Steht die Unzulässigkeit fest, so soll das nach seiner Ansicht zu einem Beweisverbot führen [3], das sich aus einer analogen Anwendung des § 136a StPO ergeben soll [4]. Der unzulässig zu einer Straftat Verleitete sei seiner Willensfreiheit beraubt und zum Objekt der Strafverfolgungsbehörden gemacht worden [5].

4.3.2 Systematisch wurde das Problem dann von Lüderssen [6] aufgenommen, der konstatierte: "Ob man die provozierte Tat selbst nicht zur Kenntnis nehmen braucht - das ist das eigentliche Problem" [7]. Um dieses Ergebnis zu erreichen, schlägt er die direkte Anwendung des § 136a StPO [8]

---

1) Der Lockspitzel im amerikanischen Recht, S. 111 ff
2) A.a.O., S. 80 ff, 113; zu diesem Test s. u., S.50
3) A.a.O., S. 115
4) A.a.O., S. 117 ff
5) A.a.O., S. 116, 118 f
6) Peters-Festschrift, S. 349 ff
7) A.a.O., S. 354
8) A.a.O., S. 361 ff; ders., Denninger/Lüderssen, S. 278

vor und untersützt dies mit verfassungsrechtlichen Argumenten. [1]

Als unzulässig scheidet er zunächst den Einsatz von a.p. gegen Unverdächtige aus, da die StPO für alle Maßnahmen einen Verdacht voraussetze [2]. Ebenso sei es von vornherein unzulässig, wenn sich der a.p. straftatbestandsmäßiger Mittel bediene, da diese nur in den von der StPO vorgesehenen Fällen zulässig seien[3].

Für die übrigen Fälle sucht er nach einer Verbotsnorm, denn es sei leichtsinnig, sich auf eine fehlende Erlaubnis zu stützen, da sich die tangierten Rechtsgüter des Betroffenen nicht von selbst verstünden [4].

Unter die verbotenen Methoden des § 136a StPO fielen einmal die Fallgestaltungen, in denen die Beeinflussung durch den a.p. an Zwang heranreichten [5], in den übrigen Fällen läge eine Täuschung vor, da der Betroffene sich nicht über die Rolle des a.p. klar sei [6].

Der Einsatz von a.p. verstoße gegen die Menschenwürde, da der provozierte Täter in Zwiespalt mit der Rechtsgemeinschaft gestürzt würde [7]. Ein Verstoß gegen das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit liege darin, daß der a.p. den Täter in Richtung auf die strafbare Handlung

---

1) A.a.O., S. 363 ff; ders., Denninger/Lüderssen, S. 268 ff, 278
2) A.a.O., S. 357 ff, 359: es liege ein Verstoß gegen die Vorschriften der StPO vor, die voraussetzten, "daß der Betroffene jeweils schon in bestimmter Weise belastet i s t und nicht erst belastet w i r d".
3) A.a.O., 359 ff, 361
4) A.a.O., S. 361
5) A.a.O., S. 361 f
6) A.a.O., S. 362 f
7) A.a.O., S. 363 f

hin stimuliere [1]. Gegen das Sozialstaatsprinzip werde verstoßen, da jeder Bürger für den anderen mit verantwortlich sei und nicht zu strafbaren Handlungen verleiten dürfe [2]. Dies gelte insbesondere für den Staat, dem zusätzlich noch die Aufgabe der Resozialisierung zufalle, die durch die Provokation von Straftaten gefährdet sein könne [3]. Aus dem Verbot des Einsatzes von a.p. zieht er dann die Konsequenz, daß die provozierte Tat nicht Gegenstand der Beweisaufnahme sein dürfe. Geschähe dies trotzdem, so dürfe das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht verwertet werden [4].
Im Rahmen des Verwertungsverbotes ließ Lüderssen zunächst unter Betonung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und "des Ausnahmecharakters der Sache" eine Güterabwägung zu für Fälle des extremen Ermittlungsnotstandes [5]. Diese Ansicht hat er später aufgegeben und hält heute eine Güterabwägung nicht für zulässig und die Ergebnisse, die durch Lockspitzeleinsatz erzielt wurden, für generell unverwertbar [6].

4.3.3 Franzheim [7] hält den Einsatz von Lockspitzeln für zulässig, solange es darum ginge, den bereits vorhandenen Tatentschluß des Täters zu konkretisieren und stimmt insoweit BGH GA 1975, 333 zu.
Einen darüber hinausgehenden Einsatz aber lehnt er ab und hält ihn mit dem Resozialisierungsgebot für unvereinbar,

---

1) A.a.O., S. 364 f
2) A.a.O., S. 365
3) A.a.O., S. 366
4) A.a.O., S. 366 f
5) A.a.O., S. 367 ff, 369
6) Lüderssen, Denninger/Lüderssen, S. 276
7) NJW 79, 2014

da das sozialethische Ansehen des Staates bei dem Betroffenen zu sehr Schaden nähme [1].
Er schlägt zur dogmatischen Einordnung ein verfassungsrechtliches Beweiserhebungsverbot vor, denn der zum Zwecke der Überführung Angestiftete würde "zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herabwürdigt". Dieses Beweiserhebungsverbot müsse auch ein Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung zur Folge haben, da die Beweiserhebung mit dem Vorwurf der "Menschenrechts- und Verfassungswidrigkeit" belastet sei und "alle Folgerungen aus dem verbotenen Verhalten des Staates zunichte gemacht" werden müßten [2].

.3.4 Mache [3] hält den Einsatz von a.p. für zulässig, da sich ein Verbot weder aus dem GG, noch aus der StPO ableiten lasse. Er billigt die Rspr. des BGH, soweit dessen "wesentliche Wertungskriterien" kumulativ vorliegen, insbesondere der Verdacht. Der Anspruch auf Achtung der Menschenwürde verlange, daß zumindest der unbescholtene und unverdächtige Bürger in seiner Rechtstreue soweit irgendmöglich unterstützt und vor der Begehung von Straftaten bewahrt würde [4].
Für den Fall, daß die Beeinflussung durch den a.p. die Intensität von Zwang erreicht, befürwortet er wie Lüderssen die Anwendung von § 136a StPO, da nicht gerechtfertigt sei, den Schutz des Bürgers auf seine Vernehmung zu beschränken, wenn die Straftat vorher geschaffen worden sei [5].

---

1) A.a.O., S. 2015
2) A.a.O., S. 2015
3) Strafverteidiger 81, 599
4) A.a.O., S. 600; ähnlich auch Sonnen, JA 81, 452
5) A.a.O., S. 600

4.3.5 Sieg [1] stellt bei seiner Untersuchung auf die Rechtsgrundlage ab. Bei einem präventiven Einsatz bestehe diese in der polizeilichen Generalklausel. Einen repressiven Einsatz hält er für zulässig, wenn es um die Aufklärung bereits begangener Straftaten geht[2].
Selbst wenn die Provokation unter diesen Bedingungen zulässig sei, so bedeute das aber nicht, daß der Täter angesichts der staatlichen Provokation auch bestraft werden müsse. Zulässigkeit und Strafbarkeit seien getrennt zu beurteilen. Zunächst sei zu prüfen, ob die Provokation unzulässig sei und damit ein Verfahrenshindernis bestehe und bei zulässiger Provokation die weitere Frage, "ob gleichwohl die Bestrafung ausgeschlossen ist, unter dem Gesichtspunkt eines Strafausschließungsgrundes"[3]. Er kommt dann zu folgendem Ergebnis: "Nur dann, wenn der Täter sich ohne staatliches Eingreifen in gleicher oder vergleichbarer Weise strafrechtlich relevant verhalten hätte, darf strafrechtlich verfolgt bzw. bestraft werden" [4].

4.3.6 Berz [5] untersucht die Frage, wie man dogmatisch einordnen kann, daß das erlangte Beweismaterial nicht zur Kenntnis genommen wird. Er wählt den Weg über ein verfassungsrechtliches Beweisverbot und stützt sein Ergebnis mit dem Rechtsgedanken des § 136a StPO ab[6]. Eine direkte Anwendung des § 136a StPO komme nicht in Betracht, da es sich nicht um eine Vernehmung handele und der Provozierte auch oft noch nicht Beschuldigter sei [7].

---

1) Strafverteidiger 81, 636
2) A.a.O., S. 636, wobei Sieg für repressives Handeln offensichtlich § 163 I StPO als Eingriffsgrundlage annimmt; ebenso S. 637
3) A.a.O., S. 636, 638
4) A.a.O., S. 638
5) JuS 82, 416
6) A.a.O., S. 418 f
7) A.a.O., S. 417 f

Das verfassungsrechtliche Beweisverbot begründet er mit ähnlichen Erwägungen aus Art.1,2, 20 GG wie Lüderssen. [1)]
Im Rahmen der Verwertung des Beweismaterials wendet er die Abwägungslehre des BVerfG an und will eine Verwertung zulassen, wenn es sich um besonders schwere Straftaten handele. Aber auch in diesen Fällen hält er die Verwertung für unzulässig, wenn ein Unverdächtiger zur Straftat provoziert worden sei. Dieser sei tatsächlich bloßes Objekt der Strafverfolgung geworden und das Vertrauen der Gemeinschaft in die Rechtmäßigkeit des staatlichen Handelns sei für eine Verwertung der Beweise zu sehr beeinträchtigt, wenn ein Täter verurteilt würde, der erst durch das Verhalten der Ermittlungsbehörden zu der Straftat veranlaßt worden sei. [2)]

.3.7 Der 5. Strafverteidigertag 1981 in Berlin hat als Ergebnis einer Arbeitsgruppe zum Lockspitzelproblem festgehalten: "Der Einsatz von Lockspitzeln ist unzulässig. Ein Staat, der von seinen Bürgern verlangt, keine Straftaten zu begehen, darf bei der Aufklärung von Straftaten nicht selber Straftaten begehen lassen oder andere dazu verleiten. Tut er es doch, verwirkt er damit seinen Strafanspruch. Dies ist ein Verfahrenshindernis, das zur Einstellung des Verfahrens führen muß". [3)]

.3.8 Kommentare und Lehrbücher des Strafrechts gehen wohl stillschweigend von der Zulässigkeit des Einsatzes von a.p. aus, indem sie sich um die Grenzen seiner Strafbarkeit bemühen.
Ebenso verhält es sich im Bereich des Strafprozeßrechts, denn zum bei weitem überwiegenden Teil sucht man nur

---

1) A.a.O., S. 418 f
2) A.a.O., S. 419 f
3) Schumann, NJW 81, 1596; Sonnen, JA 82, 451; FAZ v. 19.5.81

nach Grenzen für den Einsatz. Nur Peters [1] lehnt die Verwendung von a.p. ab, da diese erst den Anstoß zur Rechtsverletzung bringen und es sich somit nicht um ein sittlich einwandfreies Mittel handele, dessen der Staat sich bediene.
Nach dem Karlsruher Kommentar [2] kann der a.p. eingesetzt werden, solange nicht gegen § 136a StPO verstoßen wird. Zur Grenzziehung zieht er die vom BGH entwickelten "wesentlichen Wertungskriterien" heran.
Kleinknecht [3] will die Verwendung auf besonders gefährliche und schwer aufklärbare Straftaten beschränkt wissen und nur auf die Konkretisierung eines bereits vorhandenen Tatentschlusses gerichtet. Zulässig sei der a.p. "jedenfalls dann, wenn der bereits bestehende starke Verdacht schwerwiegenden strafbaren Verhaltens auf seine Richtigkeit getestet werden soll".
Löwe-Rosenberg gehen davon aus, daß der Lockspitzeleinsatz keineswegs allgemein untersagt sei [4], falls dabei nur nicht gegen § 136 a verstoßen wird [5].
Nach KMR begründet der Lockspitzeleinsatz kein Beweisverbot, solange der a.p. nicht selbst auf die Begehung von Straftaten hinwirkt, sondern die allgemeine Tatbereitschaft des Angeklagten konkretisiert, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet [6] und sich keiner Täuschungsmittel bedient [7]; zur Abgrenzung des zulässigen vom unzulässigen Lockspitzeleinsatz sollen die vom BGH entwickelten "wesentlichen Wertungskriterien" dienen.

1) LB S. 311; die übrigen Lehrbücher äußern sich nicht zu dieser Frage
2) Boujong, § 136 a,Rn. 26; Müller, § 163,Rn. 18
3) StPO, § 136 a, Rn. 8; § 163, Rn. 32
4) Meyer, L-R § 136 a, Rn. 4
5) Meyer-Goßner, L-R § 136 a, Rn. 17
6) KMR, 7. Aufl., Paulus, § 244, Rn. 570; vgl. auch ders. § 250, Rn. 19
7) KMR, 7. Aufl., Paulus, § 244, Rn. 534

4.3.9 Der Stand der Meinungen ist also sehr unterschiedlich. Es erstaunt zunächst, auf wie wenig Widerstand der stillschweigende Wechsel von der Unzulässigkeit des Lockspitzeleinsatzes vor dem 2. Weltkrieg zur heute von der h.M. anerkannten Zulässigkeit gestoßen ist. Eine Methode, die früher als "schlimmster Mißbrauch" [1] betrachtet wurde und von ihren Vertretern als "rechtlich problematisch" [2] bezeichnet wird, ist grundsätzlich anerkannt und wird nur von wenigen in Frage gestellt, obwohl doch wohl Bedenken bestehen, da man sich sehr um eine Grenze für den Lockspitzeleinsatz bemüht. Diese Versuche orientieren sich weitestgehend an den Entscheidungen des BGH. Es werden die von ihm entwickelten "wesentlichen Wertungskriterien" befürwortet, zum Teil unter der Bedingung, daß sie kumulativ vorliegen müßten. Enger ist die Auffassung, die sich an der Konkretisierung des bereits vorhandenen Tatentschlusses orientiert und noch enger die, die ein Beweiserhebungsverbot annimmt, aber unter Umständen eine Verwertung zulassen will. Keinen Spielraum schließlich läßt die Meinung, die ein Beweiserhebungsverbot mit zwingend und ausnahmslos folgendem Verwertungsverbot annimmt.
Auch darüber, wie ein unzulässiger Lockspitzeleinsatz zu behandeln sei, besteht keine Einigkeit. Überwiegend befürwortet man eine prozessuale Einordnung unter § 136a StPO, ein verfassungsrechtliches Beweisverbot oder ein Verfahrenshindernis. War der Einsatz zulässig, so wird ein materiellrechtlicher Strafausschließungsgrund vorgeschlagen. Eine wohl h.M. dürfte sich dahingehend gebildet haben, daß der Einsatz gegen Unverdächtige unzulässig sein soll.

---

1) Freudenstein, S. 31 f
2) Zühlsdorf, Kriminalistik 74, 193

Eine Auseinandersetzung mit den einzelnen Meinungen kann hier noch nicht erfolgen, da sich aus der Betrachtung der amerikanischen Rechtslage noch ergänzende Gesichtspunkte ergeben können.

5. Das Problem der provozierten Straftat und ihrer
5.1 Rechtsfolgen für den Täter hat in Amerika im Gegensatz zu Deutschland eine lange Tradition. Das ist hauptsächlich auf den starken Einsatz von Lockspitzeln in der Zeit der Prohibition zurückzuführen [1]. Im Jahre 1932 hat der Supreme Court zu diesen Fällen die Defence oder Doctrine of Entrapment entwickelt, die er bis heute in unveränderter Form beibehalten hat [2]. Sie wird inzwischen in allen amerikanischen Bundesstaaten angewendet [3]. Die D.o.E. hat keinen Verfassungsrang [4], so daß der Gesetzgeber berechtigt ist, sie

---

1) Stempel (S. 24, 25 Fn. 1 unter Bezugnahme auf US v. Washington, 20 Fed. 2d 160) berichtet, daß im Jahre 1926 ca. 44.000 Übertretungen der Alkoholgesetze verfolgt wurden, wobei in mindestens 30.000 Fällen ein a.p. an der Überführung maßgeblich beteiligt war.
2) Sorrells v. US, 287 US 435 (1932)
Zu Entscheidungen vor dieser ersten Entscheidung des Supreme Court s. Stempel, S. 8-41; zur heutigen Rspr. vgl. 21 Am Jur 2d § 202-209
3) 21 Am Jur 2d § 203, S. 368/369; als letzter Staat hat Tennessee sie anerkannt in State v. Jones, 598 SW 2d 209
4) 21 Am Jur 2d § 203, S. 369; Comment 74 Yale L. J. 942 ff, 952 sieht dagegen die Grundlagen der D.o.E. in der Verfassung. Durch a.p. könnte verletzt sein: 1. "The privilege against self-incrimination", das den Zwang zur Selbstbelastung verbiete (dazu S. 950 f); 2. "Due process", da Freiheitsbeschränkungen nur erlaubt seien, wenn sie einem legitimen öffentlichen Interesse dienten (dazu S. 945 ff) und 3. "The prohibition against search and seizures", da polizeiliche Tätigkeit stets einen Verdacht voraussetze (dazu S. 951 f)

mit verschiedenen Inhalten auszugestalten; daraus erklärt sich auch, daß die Bundesstaaten sie unterschiedlich anwenden, insbesondere was den objektiven und den subjektiven Test betrifft, worauf noch näher einzugehen sein wird.

Auf die D.o.E. kann sich jeder berufen, der von einem Polizeibeamten oder mit Wissen der Polizei im Sinne des Entrapment zu einer Straftat verleitet worden ist; verleitet ein Privatmann ohne Wissen oder Dulden der Polizei, so kann der Täter sich dann nicht auf Entrapment berufen [1]. Die D.o.E. verbietet es den Strafverfolgungsbehörden Personen, die andernfalls unschuldig blieben, zu kriminellen Handlungen zu verleiten, um sie der Bestrafung zuzuführen. Sie beinhaltet zwei Elemente: Einmal die Verleitung zur strafbaren Handlung und zum anderen die Tatsache, daß der Ursprung dieser strafbaren Handlung bei den Strafverfolgungsbehörden zu suchen ist. [2]

Grundsätzlich liegt es so, daß dann, wenn der kriminelle Vorsatz bei dem Täter hervorgerufen wurde, eine Verurteilung ausgeschlossen ist. Hatte der Täter aber bereits seinen Vorsatz gefaßt und schafft der Lockspitzel nur eine günstige Gelegenheit zur Tat oder hilft bei ihrer Verwirklichung, so ist die Berufung auf Entrapment ausgeschlossen. "In other words, entrapment occurs, when a law enforcement agent induces the commission of an offence, using persuation or the means likely to cause normally law abiding persons to commit the offence. Conduct merely affording a person an opportunity to commit an offence, however, does not constitute entrapment" [3].

---

1) US v. De Alesandro, 361 Fed. 2d 694; Stempel, S. 33 f
2) 21 Am Jur 2d, § 202, S. 365; vgl. auch Stempel, S. 32
3) 21 Am Jur 2d, § 202, S. 366, 367

Der Polizei bleibt es unbenommen Fallen zu stellen, Gelegenheiten zu bieten, sich in Rauschgiftringe einzuschleichen, selbst das Rauschgift zu liefern und an Straftaten teilzunehmen [1]. Die Grenze zwischen denen, die sich auf die D.o.E. berufen können, und denen, die dieses Recht nicht haben, hat der Supreme Court zwischen dem unachtsamen Unschuldigen und dem unachtsamen Schuldigen gezogen: "A line must be drawn between the trap for the unwary innocent and the trap for the unwary criminal" [2].

5.2 Über die D.o.E. hinaus geht die Berufung auf den 5. Anhang zur Verfassung, die "due process clause".[3] Beide Verteidigungen sind streng zu trennen. In U.S. v. Russell [4] und Hampton v. US [5] hat der Supreme Court in zwei Stufen zunächst die D.o.E. geprüft und abgelehnt und dann erwogen, ob "due process" eingehalten worden sei. Ein Verstoß wäre dann anzunehmen, wenn das Verhalten der Polizei empörend (outrageous) gewesen wäre und die verfassungsmäßig geschützten Rechte des Angeklagten verletzt hätte [6]. In beiden Fällen wurde dieses verneint, obwohl in Hampton v. US der Lockspitzel sogar das Heroin geliefert hatte.

5.3 Die Begründung dafür, daß die D.o.E. im amerikanischen Recht anerkannt wird, divergiert, je nachdem, ob man den subjektiven oder den objektiven Test zugrunde legt. Nach der h.M., die den subjektiven Test anwendet

---

1) Dazu Dietze, JÖR 28, S. 605-609
2) Sherman v. US, 356 US 369, 372 (1957)
3) Dazu Müller, DJT Gutachten, S. 43 ff; vgl. auch 21 Am Jur 2d, § 203, S. 370
4) 411 US 423 (1972)
5) 425 US 484 (1976)
6) US v. Russell, S. 431, 432; ein Freispruch trotz abgelehnter D.o.E. erfolgte in People v. Isaacson, 378 NE 2d 78

und die vom Supreme Court und den meisten Bundesstaaten vertreten wird, beruht die D.o.E. auf der Erwägung, daß eine Bestrafung dann ausgeschlossen sein soll, wenn der Angeklagte durch die Strafverfolgungsbehörden zu der Straftat verlockt wurde, wobei das Schwergewicht der Zulässigkeitsprüfung bei dem Verhalten des Angeklagten, seiner "predisposition", liegt. [1)]
Die Mindermeinung, vertreten von einigen Richtern des Supreme Court in "dissenting opinions" [2)], einem Teil der Bundesstaaten[3)], der Literatur [4)] und im Model Penal Code von 1962 [5)], begründet die Straflosigkeit des Angeklagten damit, daß unzulässiges Verhalten der Polizei nicht geduldet werden dürfe; entsprechend prüft sie die Zulässigkeit des Lockspitzeleinsatzes am Verhalten der Polizei [6)].

---

1) 21 Am Jur 2d, § 205, S. 372 ff
2) J. Roberts in Sorrells v. US,287 US 435 (1932); J. Frankfurter in Sherman v. US,356 US 369 (1957); J. Stewart in US v. Russell,411 US 423 (1972)
3) Hawaii, North Dakota, Pennsylvania, Michigan, Alaska, California, Iowa; nachgew. bei 21 Am Jur 2d § 206 Fn. 95, 97, 98
4) Dietze, JÖR 28, S. 603 f. m.w.N.
5) Art. 2, sec. 2.13 Abs. 1 des Model Penal Code lautet in der Übersetzung von Honig,a.a.O. S. 34:
"(1) Ein zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung bestellter Beamter oder ein im Zusammenwirken mit ihm Handelnder stellt einem anderen eine Falle, wenn er zwecks Erlangung eines Beweises der Begehung einer Gesetzesverletzung einen anderen veranlaßt oder ermutigt eine solche Gesetzesverletzung zu begehen, indem er (a) falsche Angaben macht, dazu bestimmt, den Glauben zu erwecken, daß solch ein Verhalten nicht verboten ist; oder (b) Mittel der Überredung oder des Verleitens anwendet und hierdurch möglicherweise erreicht, daß solch eine Gesetzesverletzung durch andere Personen begangen wird, als durch diejenigen, welche sich nicht scheuen, sie zu begehen."
6) 21 Am Jur 2d, § 206, S. 375 ff

5.4 Der vom Supreme Court entwickelte subjektive Test stellt darauf ab, ob der Angeklagte bei der Provokation bereits geneigt war, die Tat, zu der er verleitet werden sollte, zu begehen (predisposition). [1] Entscheidend ist dabei nicht, ob der Angeklagte bereits vorher ähnliche Delikte begangen hat, sondern ob er geneigt war, gerade diese Straftat zu begehen, zu der er aufgefordert wurde [2]. Generelle Regeln für die Prüfung der "predisposition" gibt es nicht, es ist eine Frage der Einzelfallentscheidung. Jedenfalls ist es zulässig, einen in bestimmter Weise tätigen Straftäter zu einer weiteren Straftat aufzufordern, da diese nur ein weiteres Glied in einer fortlaufenden Kette darstellt. [3]

5.5 Bei dem objektiven Test dagegen spielt die "predisposition" des Verleiteten keine Rolle. Die D.o.E. ist gegeben, wenn die Provokation einen solchen Grad erreicht, daß jeder durchschnittlich rechtstreue Bürger die Tat begangen hätte; man geht davon aus, daß ein solcher Bürger der gebotenen Gelegenheit zur Begehung eines Verbrechens in der Regel widerstehen wird. Geht die Beeinflussung aber über dessen Hemmschwelle hinaus, so ist sie unzulässig. Das wird angenommen, wenn der Lockspitzel ständig insistiert oder inständig bittet, Freundschaft oder Mitleid ausnutzt, zusagt, daß die verlangte Handlung nicht illegal sei oder nicht entdeckt werden könnte, oder dem Täter ungewöhnlich viel Geld in Aussicht stellt. [4]

---

1) "The predisposition and criminal design of the defendant are relevant", Sorrells v. US, 287 US 435, 451
2) Sherman v. US, S. 375, 376: S. war bereits zweimal einschlägig vorbestraft und wurde trotzdem nicht als "predisposed" eingestuft
3) 21 Am Jur 2d, § 205, S. 373; s. auch Stempel, S. 57, 59 f
4) 21 Am Jur 2d, § 206, S. 375-379 m.w.N.; vgl. Art. 2 sec 2.13 Abs. 1 MPC; Stempel, S. 59 f, 80 ff

5.6 Das Hauptargument, das gegen den subjektiven Test vorgebracht wird, ist, daß es letztendlich doch das Vorleben des Angeklagten ist, das über seine "predisposition" entscheidet. Bereits in der leading decision Sorrells v. US äußerte sich J. Roberts in diesem Sinne: "Whatever may be the demerits of the defendant or his previous infractions of law these will not justify the instigation and creation of a new crime, as a means to reach him and punish him for his past misdemeanors"[1]. J. Frankfurter führte diesen Gedanken in seiner concurring opinion zu Sherman v. US weiter: "A contrary view runs afoul of fundamental principles of equality under law... Past crimes do not forever outlaw the criminal and open him to police practices, aimed and securing his repeated conviction, from which the ordinary citizen is protected...[2] The power of government is abused and directed to an end for which it was not constituted when employed to promote rather than detect crime and to bring about the downfall of those, left to themselves, might well have obeyed the law. Human nature is weak enough and sufficiantly beset by temptations without government adding to them and generating crime".[3] Dieser Standpunkt wird von der Literatur unterstützt. Mikell [4] und Donnelly [5] betonen, daß es nicht angehe, daß Schuld und Unschuld oder Strafbarkeit des Täters davon abhängen, ob er bereits vorher ähnliche Straftaten begangen habe.Letztlich kann dann eine Gefahr darin liegen, sich auf die D.o.E. zu berufen, wenn das Vorleben des Angeklagten nicht völlig rein ist.

---

1) Sorrells v. US, 287 US 458, 459; aber ders.,a.a.O. S. 455: "The forces of prevention and detection may use traps, decoys and deception to obtain evidence of the commission of crime".
2) Sherman v. US, 356 US 382, 383
3) A.a.O.,S. 384; aber auf S. 372 erklärt Frankfurter "trap for the unwary criminal" für zulässig
4) 90 U.Pa. L. Rev. 242 (1942)
5) 60 Yale L.J. 1091 (1951); weitere Nachweise bei Dietze, JÖR 28, S. 603 f, Fn. 70-79; Comment 74 Yale L.J. 942, Fn. 3;Stempel, S. 66 f, 69 f, 72, 80 ff, der ebenfalls den objektiven Test befürwortet

5.7 Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten, daß nach der D.o.E. der Einsatz von Lockspitzeln grundsätzlich zulässig ist. Die Strafe des provozierten Täters entfällt nach der h.M., wenn er zu der Tat nicht geneigt war und verleitet wurde. Nach der Mindermeinung entfällt sie dann, wenn der Täter so beeinflußt wurde, daß jeder rechtstreue Bürger die Tat begangen hätte.

5.8 Hier nun setzt die Kritik Dietzes [1] ein, der sowohl den subjektiven als auch den objektiven Test als juristische Haarspalterei bezeichnet [2]. Größere Mißbilligung findet bei ihm jedoch aus den bereits vorgetragenen Gründen der subjektive Test [3]. Er kritisiert aber, daß auch im Rahmen des objektiven Tests Fallen gestellt und Gelegenheiten geschaffen werden dürfen: " It is absurd to state, as J. Douglas in Russells, that the government may set decoys to entrap criminals but that it may not provoke or create a crime. For this amounts to saying that a government setting decoys to entrap criminals does not entrap in the sense of entrapment!" [4] Jede Falle, jedes Schaffen von Gelegenheiten sei bereits Verleitung: "Every tempter is an initiator". [5]
Nachdem es nicht gelungen sei, einen gangbaren Weg für die Abgrenzung von zulässiger und unzulässiger Provokation zu finden, solle man diesen Versuch aufgeben und nicht nur die schlimmsten Auswüchse bei Straftatprovokationen zu verhindern versuchen; jede Provokation und Schaffung von Gelegenheiten müsse unterbleiben.[6] Er gibt zu, daß ein gewisses Maß an

1) JÖR Bd. 28, S. 589
2) A.a.O., S. 608, 609
3) A.a.O., S. 604; vgl. o. S. 51
4) A.a.O., S. 607
5) A.a.O., S. 608
6) A.a.O., S. 609

Untergrundfahndung kaum vermieden werden könne, daß diese aber auf die Verhinderung und Aufklärung von Verbrechen zu beschränken sei und die Initiierung von Verbrechen nicht umfassen dürfe [1].
Er unterstreicht diese Forderung mit einem leidenschaftlichen Appell: " Only a total prohibition of the creation of opportunities for crime respects the hallowed request of feeble man, 'Do not lead us into temptation'. This sentence should be basic to criminal policy for it is the desperate outcry of immanently good people in the face of human weakness for the sake of a lawful existence against the ever-present temptations of crime (...). If men have persitently asked God, their Creator, not to lead them into temptation, must they not be entitled to demand of their government not to tempt them into crime, especially if that government, as in the case of liberal democracies, is their own creation? Is not the right not to be tempted an important human right?" [2]

5.9 Ein Nachsatz noch zu Dietze; er bringt auch den Gesichtspunkt, daß der Erfolg, den die Provokationen haben, eine Rechtfertigung darstellen könnten. Diese Rechtfertigung sei aber auch für die Folter und die Einführung des "Dritten Grades" herangezogen worden. [3]
Wie recht er damit hat zeigt sich darin, daß in einem Leitartikel von Newsweek der New Yorker Philosophieprofessor Michael Levin die Wiedereinführung der Folter in bestimmten Situationen für richtig hält. Er bringt das Beispiel einer unter Manhattan versteckten Bombe und des Bombenlegers, den man noch rechtzeitig vor Zündung fassen konnte: "If the only way to safe live is to subject the terrorist to the most excruciating

---

1) A.a.O., S. 594 und 613
2) A.a.O., S. 609
3) A.a.O., S. 609

possible pain, what grounds can there be for not doing so?... If you cought the terrorist, could you sleep nights knowing that millions died because you couldn't bring yourself to apply the electrodes?" [1] Diese, sicherlich wirksame Methode, soll in legalisierter Form auch bei Flugzeug- und Kindesentführungen angewandt werden und in vergleichbaren Fällen. Es handelt sich um die konsequente Anwendung des Satzes: "Der Zweck heiligt die Mittel".

5.10 Zwischen den einzelnen Meinungen, die in den USA und in Deutschland vertreten werden, gibt es zahlreiche interessante Parallelen und Unterschiede.

Bei der Rechtsprechung findet sich die Gemeinsamkeit, daß man in beiden Jurisdiktionen gegen den Lockspitzel einerseits keine grundsätzlichen Bedenken hat, den Einsatz aber andererseits eingrenzen möchte.
Auch in der amerikanischen Rechtsprechung geht es um diese Frage und nicht etwa darum, ob überhaupt eine Provokation vorliegt. "Trap" oder "decoy" bedeutet in den entschiedenen Fällen praktisch die Provokation von Straftaten und die D.o.E. bestimmt nur, wann sich der provozierte Täter zu seiner Verteidigung auf dieses Entrapment berufen kann.
Gemeinsam ist beiden Rechtsprechungen, daß der Täter sich auf solche Provokationen berufen kann, die dem Staat zurechenbar sind. Grundsätzliche Bedenken gegen den Einsatz gegen Unverdächtige bestehen wohl nicht.

---

1) Newsweek June 7, 1982, S. 4; vgl. dazu die Erwiderung von Leys, Newsweek July 12, 1982, S. 4

Der BGH fordert die, wenn auch sehr wage, Begrenzung auf besonders schwere oder schwer aufklärbare Straftaten; in den USA darf der Lockspitzel zur Bekämpfung jeglicher Kriminalität eingesetzt werden. [1)]

Interessant wird es nun, wenn es um die Situation des Einsatzes bzw. die Person des zu provozierenden Täters geht. Der Supreme Court hat diese Grenze 1932 bei seiner ersten Entscheidung zu diesem Problemkreis im Sinne des subjektiven Tests gezogen und hat diese Rspr. beibehalten; außer Betracht kann hier die zusätzliche Anwendung der Due Process Clause bleiben, da diese mit der D.o.E. selbst nichts zu tun hat. Der BGH dagegen hat seinen endgültigen Standpunkt wohl noch nicht gefunden. Es ist bemerkenswert, daß die Begründung von BGH GA 1975, 333 im Grunde den subjektiven Test anwendet: Gegen den Lockspitzeleinsatz sei dann nichts einzuwenden, wenn es um die Konkretisierung eines vorhandenen Tatentschlusses gehe; das entspricht genau der "predisposition".
Auf dieser Linie liegt wohl auch noch BGH NJW 80, 1761, wenn dort angenommen wird, daß sich aus dem "manifesten Akt des Handeltreibens" und den "Äußerungen des Angeklagten" eine ausreichende Grundlage für den Verdacht auf schwerere Straftaten ergeben habe, daß das Verhalten des Täters für "Routine" spreche; er sei von vornherein "nicht abgeneigt" gewesen und habe auf Grund bestehender Bereitschaft sogleich die Gelegenheit ergriffen, die sich ihm bot. Kurz gesagt, er war "predisposed". Eine Abweichung von dem reinen subjektiven Test ergibt sich in der gleichen Entscheidung bei den dort entwickelten "wesentlichen Wertungskriterien". "Art, Intensität und Zweck der Einflußnahmen

---

1) S. die Übersicht bei Stempel, S. 68, Fn. 1 und Comment, 74 Yale L.J. 942 i.V.m. Fn. 1

des Polizeibeamten" stellt im Gegensatz zu den übrigen Kriterien nicht auf die Geneigtheit des Täters ab. Dieses Kriterium erhielt im Rahmen der weiteren Rechtsprechung insbesondere des 2. Senates ein solches Gewicht, daß man am Ende der Entscheidungsserie von einer reinen Anwendung des objektiven Tests sprechen kann. Für die "erhebliche Einwirkung" des a.p. auf den Täter, die dessen eigenen Beitrag zur Tat in den Hintergrund treten lassen soll, nennt der 2. Senat länger andauernde Überredungsversuche, intensive und hartnäckige Beeinflussung, ständige Aufforderungen oder das in Aussicht stellen von Heroin als Belohnung für die Mitarbeit; dies sind genau die Maßnahmen, die geeignet sind, die Hemmschwelle vor der Begehung einer Straftat bei jedem durchschnittlichen, rechtstreuen Bürger aufzuheben oder zumindest zu senken, die Abgrenzungskriterien des objektiven Tests. Diese Entwicklung in der Rspr. des BGH ist sicherlich zu begrüßen, wenn man die Argumente bedenkt, die in den USA gegen den subjektiven Test mit Recht angeführt werden. Beispiele für die Gefahren dieses Tests zeigen sich in der Rspr. des BGH:in BGH NJW 80, 1761 genügte die Tatsache , daß der Täter bereits zuvor mit einer kleinen Menge Heroin gedealt hatte und daß er damit geprahlt hatte, größere Mengen Haschisch besorgen zu können, um ihn als geneigt zu betrachten, auch eine größere Menge Heroin zu besorgen, was er dann letztendlich auf Anregung des a.p. hin auch tat. BGH Strafverteidiger 81, 276 begründet den ausreichenden Verdacht u.a. mit den einschlägigen Vorstrafen des Täters.

Ob diese Entwicklung in Richtung objektiver Test, die bisher nur vom 2. Senat vorangetrieben wurde, auch von den übrigen Senaten übernommen wird, steht bisher nicht fest. Es steht zu hoffen, daß der BGH, falls er sich nicht doch noch zu einem völligen Verbot des Lockspitzeleinsatzes entschließen kann, in dieser Hinsicht zu einer einheitlichen Grenzziehung findet.

Vergleiche der Rspr., die die dogmatische Einordnung des Problems betreffen, lassen sich nicht ziehen, da nicht eindeutig ist, ob die D.ö.E. einen persönlichen Strafausschließungsgrund oder ein Beweisverbot prozessualer Natur darstellt.
Für letzteres spricht eher die Begründung des Model Penal Code 1962, der sich am objektiven Test orientiert: "Der Verleitete geht straffrei aus, nicht weil ihn keine Schuld trifft, sondern um der Polizei den Anreiz zu nehmen, andere zu Taten zu veranlassen, die Anlaß zur Strafverfolgung bieten" [1].
Wohl eher zum persönlichen Strafausschließungsgrund hin tendiert die h.M.: "The legislative branch could not have intended criminal punishment for a defendant who was induced by the government to commit the elements of a proscribed offence". [2]
Ein Vergleich der Rspr., soweit es um die vom BGH und dem KG Berlin angewandte 2. Prüfungsstufe bei der Strafzumessung geht, ist ebenfalls nicht möglich, da eine derartige amerikanische Entscheidung nicht ersichtlich ist.

In der Literatur findet sich als Gemeinsamkeit, daß die ganze h.M.(heute) gegen den Lockspitzeleinsatz grundsätzlich keine Bedenken hat.
In der amerikanischen Literatur wird der objektive Test vertreten, in der deutschen hat sich wohl noch keine h.M. gebildet, welchem der Tests der Vorzug zu geben sei.

---

1) Tentative Drafts 9, 19 f; Übersetzung v. Honig, S. 34 Fn. 83
2) 21 Am Jur 2d, § 204, S. 373; US v. Russell, 411 US 423; Stempel ist der Ansicht, daß nach dieser Meinung der Tatbestand nicht verwirklicht sein soll (S. 62), was m.E. aber der Fall ist.

Einerseits ordnen die meisten Kommentare das Problem unter § 136a StPO ein, was dafür spricht, daß es auf das dem Staat zurechenbare Verhalten ankommt, andererseits benutzen sie dann die Argumente der früheren Rechtsprechung des BGH, die mehr das Verhalten des Täters bewertet.
Zum Teil wird auch der subjektive Test vertreten und die Vertreter beider Staaten, die den Einsatz für gänzlich unzulässig halten, tun dies, weil der Staat sich derartiger Mittel nicht bedienen dürfe.

Sowohl in den USA wie auch in Deutschland bemüht man sich um eine Grenzziehung beim Einsatz von a.p. In den USA bestehen zwei Modelle, die in Deutschland ebenfalls, wenn auch verdeckt und mit Überschneidungen, vorhanden sind, deren Vor- und Nachteile aber noch nicht diskutiert wurden. Die Anwendung der "wesentlichen Wertungskriterien" stellt eine Mischform zwischen objektivem und subjektivem Test dar. In beiden Staaten wird von einer Mindermeinung vertreten, daß der Lockspitzeleinsatz generell unzulässig sei.

6. Nach der Untersuchung der Rechtsprechung und der Literatur in Deutschland und dem Überblick über den Meinungsstand zur D.o.E. in den USA ist es nun an der Zeit, mit einem systematischen Ansatz zu einer eigenen Lösung des Lockspitzelproblems zu kommen.

6.1 Dabei stellt sich als erste Frage die nach der grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes von a.p. überhaupt. Die heute wohl h.M. bejaht sie stillschweigend, da sie entweder die Grenzen seiner Strafbarkeit diskutiert, oder versucht Grenzen für seinen Einsatz abzustecken. Es wird auch aus der Tatsache, daß der Lockspitzeleinsatz weder im Grundgesetz, noch in der StPO ausdrücklich verboten ist, gefolgert, daß er grundsätzlich zulässig sei [1].

6.2 Lüderssen [2] bezeichnet es als fast leichtfertig, sich nur auf das Fehlen eines Erlaubnissatzes zu stützen, da sich die durch die Provokation tangierten Rechtsgüter nicht von selbst verstünden.

Dagegen halte ich einen Erlaubsnissatz dann für unbedingt erforderlich, wenn die Polizei bzw. die Strafverfolgungsorgane mehr tun dürften, als jeder Bürger darf, und wenn der Lockspitzeleinsatz einen Eingriff oder eine strafprozessuale Zwangsmaßnahme darstellt. In diesem Fall kommt es nämlich auf ein

---

1) Mache, Strafverteidiger 81, S. 600
2) Peters-Festschrift, S. 361

Verbot in der StPO oder dem GG nicht an, sondern auf das Vorliegen einer Erlaubnis. Nach allgemeiner Ansicht [1] unterliegen Eingriffe dem Vorbehalt des Gesetzes, so daß sie nur zulässig sind, wenn eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage dazu vorhanden ist. "Nicht mit allen Mitteln, sondern nur mit den durch gesetzliche Einzelbefugnisse zugelassenen Mitteln darf geforscht werden" [2].

6.3 Es fragt sich also zunächst, ob der Polizei durch die Möglichkeit, Lockspitzel einzusetzen, mehr Befugnisse eingeräumt sind, als einem normalen Bürger.

Nach §§ 25, 26 und 27 StGB sind Täter, Gehilfen und und Anstifter zu bestrafen. Diese Regel gilt für jeden Bürger, der einen anderen aus eigenem Antrieb und ohne Wissen der Polizei zu einer Straftat verleitet. Im Falle des polizeilichen a.p., sei er selbst Beamter oder sei sein Einsatz von der Polizei nur gewünscht oder geduldet, wird für diesen von der h.M. und Rspr. eine mehr oder weniger große Ausnahme von dieser Regel gemacht [3]. Das aber stellt eine Privilegierung der Polizei dar, denn nur sie bzw. andere Strafverfolgungsorgane und ihre Beauftragten dürfen zum Zwecke der Strafverfolgung Straftaten hervorrufen. Aus diesem Grunde stellt sich bereits hier die Frage nach der Rechtsgrundlage für dieses Vorgehen.

---

1) Herzog in Maunz/Dürig/Herzog Art.20 VI, Rn.59,64
Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, S.174 ff, 183 ff;
schon Beling, S.23,für Eingriffe in das Eigentum;
für den a.p.Lüderssen, Denninger/Lüderssen, S.264 ff,
278; allgemein für Eingriffe im Rahmen des Strafprozesses Sydow, Kritik,S.5 ff, 11 f, 14, 40, 80 ff, 120;
für das Schweizer Recht Walder, Schweizerische ZStR 1966,36
2) Sydow, Kritik, S.6
3) S. o., S.6 Fn. 2

6.4 Der Einsatz von a.p. kann weiter einen Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellen, der einer Rechtsgrundlage bedarf [1].

Die Beurteilung der Frage, ob bei öffentlichrechtlichem Handeln ein Eingriff vorliegt, hat sich mehr und mehr von einer formalen Betrachtungsweise dahingehend gewandelt, daß die Wirkung des Vorgehens auf den Betroffenen in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt ist [2]. Es ist also das Verhalten der Polizei näher zu betrachten. Beschränkt sie sich auf rein passives Verhalten, so liegt wohl kein Eingriff vor [3]; als Beispiele kommen hier die Annahme von Informationen - auch von V-Leuten - und die Überwachung eines Tatorts, von dem die Polizei vor dem Verbrechen Kenntnis erlangt hat, in Betracht. Geht sie aber über dieses passive Verhalten hinaus und provoziert sie eine Straftat, so stellt das m.E. für den Betroffenen einen Eingriff dar, da er zu etwas verleitet werden soll, um dann dafür bestraft zu werden [4]. Dieser Eingriff ist zwar mittelbarer Natur, da der zu Überführende selbst mitzuwirken hat. Das Ergebnis entspricht aber dem eines unmittelbaren Eingriffes und die Methode, die zur Erreichung des Zieles angewendet wird, kann zu keiner unterschiedlichen Beurteilung führen.

6.5 Der Lockspitzeleinsatz läßt sich, wenn er im Interesse der Strafverfolgung erfolgt, auch als strafprozessuale Zwangsmaßnahme einordnen. Peters [5] definiert diese als

---

1) S. o., S. 60 Fn. 1
2) Vgl. dazu Krüger, NJW 82, 856 f m.w.N.
3) Krüger, NJW 82, 857; Studer, S. 36; Evers, S. 21
4) Studer, S. 39
5) LB, S. 391

"Prozeßhandlungen, die ohne oder gegen den Willen des Betroffenen zum Zwecke der Sicherung des Verfahrens angewendet werden".

Zu den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen gehören die in der StPO geregelten Eingriffsbefugnisse, wie die Durchsuchung oder die Blutentnahme, die für den Betroffenen wahrnehmbar sind. Es gehören aber auch solche dazu, wie die Telefonüberwachung nach §§ 100 a ff StPO [1]; ohne den Willen des Betroffenen, und ohne daß er das bemerkt, wird sein Telefon überwacht und abgehört, um Beweismaterial gegen ihn zu sammeln. Neben diesen in der StPO geregelten Zwangsmaßnahmen sind ungeregelte denkbar und z. T. auch praktiziert worden. Zu nennen wäre hier der "Lauschangriff" im Fall Traube [2] und das Abhören von Verteidigergesprächen in Stuttgart/Stammheim [3]; die Parallele zur Telefonüberwachung liegt hier auf der Hand. Gössel [4] bringt das Beispiel des an der Stoßstange eines KfZ angebrachten Senders, der die Polizei zum Schlupfwinkel der Verbrecher führen soll. Diese Maßnahmen haben, wenn sie der Strafverfolgung und nicht nur der Gefahrenabwehr dienen sollen, den gemeinsamen Zweck, Beweise für den Strafprozess gegen den mutmaßlichen Täter zu sammeln. Ihr Sinn besteht darin, "daß der Betroffene in Unkenntnis der staatlichen Maßnahme in freier Entfaltung seiner Persönlichkeit das tut, was er bei Kenntnis derselben nicht getan hätte" [5].

---

1) Roxin, Strafverfahrensrecht, § 29, B 5; Peters LB, S. 391
2) Vgl. dazu De Lazzer/Rohlf, JZ 77, 207 ff; Denninger, Denninger/Lüderssen, S. 316 ff; Sydow, JuS 78, 223
3) Dazu Amelung, NJW 77, 833 m.w.N. in Fn. 3; Sydow, JuS 78, 223 m.w.N. in Fn. 15; Wilhelm, S. 56
4) JuS 79, 163
5) Studer, S. 34

Das trifft auch auf den Lockspitzeleinsatz zu. Die Polizei möchte durch den a.p. ein strafbares Verhalten hervorrufen, durch das der Provozierte sich selbst überführt; dabei überwindet sie das Hindernis, daß der Betroffene in Kenntnis der Tätigkeit des a.p. mit Sicherheit keine Straftaten begehen würde, dadurch, daß sie ihn über dessen Rolle täuscht. Indem dieses Hindernis aber überwunden wird, verschafft die Polizei sich eine Erkenntnisquelle, die ihr andernfalls nicht zur Verfügung stünde. Ebenso verhält es sich, wenn sie nach § 100 a StPO ein Telefon abhört. Der Eingriff besteht dabei nicht etwa nur darin, daß die Abhörmöglichkeit technisch verwirklicht wird, sondern in der heimlichen Kenntnisnahme der Äußerungen, die der Überwachte macht [1]. In gleicher Weise soll der provozierte Täter durch Täuschung über die Funktion des a.p. dazu gebracht werden, sich strafrechtlich relevant zu verhalten, was sogar über bloßes Abhören hinausgeht. Der Einsatz des a.p. ist Ermittlungstätigkeit, die dazu dient, die Hindernisse offener Polizeiarbeit zu überwinden, um so belastende Beweise sammeln zu können [2]. Da der vom Lockspitzeleinsatz Betroffene durch Täuschung zu einem bestimmten Verhalten verleitet werden soll, das er andernfalls in Kenntnis der tatsächlichen Umstände nicht an den Tag gelegt hätte, ist eine strafprozessuale Zwangsmaßnahme gegeben [3]. Daran ändert auch nichts, daß sie in der StPO nicht vorgesehen ist; dies stellt nur ihre Rechtmäßigkeit in Frage, nicht aber ihre Rechtsnatur.

---

1) Studer, S. 30; Evers, S. 21
2) Studer, S. 38
3) Im Ergebnis ebenso Studer, S. 39

6.6 Nun fragt es sich,welche Rechte des Betroffenen durch den Einsatz von a.p. tangiert sein können.

6.6.1 Zunächst ist hier Art. 1, I GG zu nennen, der die Würde des Menschen für unantastbar erklärt. Hier können, wie auch Lüderssen [1] und Berz [2] dies tun, Argumente der Vertreter der Schuldteilnahmetheorie angeführt werden, die zwar nach der ganz h.M. [3] nicht den Strafgrund der Teilnahme tragen, aber doch zeigen, daß die Menschenwürde durch die Provokation beeinträchtigt sein kann: Der agent provocateur trägt dazu bei, bei dem Täter "den Zustand sozialer Desintegration" herbeizuführen und verstrickt ihn "in Zwiespalt mit der Rechtsgemeinschaft" [4]. "Die Werbung für das Unrecht, für einen Angriff gegen die Rechtsordnung, bleibt.... eine Störung des sozialen Friedens, eine Gefährdung der sozialen Achtung, die einer genießt" [5].

Unter Art. 1, I GG fällt auch das Argument Franzheims [6], daß die Provokation einer Straftat zum Zwecke der Überführung des Täters diesen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herabwürdige.

---

1) Peters-Festschrift, S. 363 ff
2) JuS 82, 418 f
3) Vgl. nur Baumann, AT S. 580 m.w.N.
4) Less, ZStW 69, S. 47, 53
5) Less, a.a.O., S. 54
6) NJW 79, 2015; Stempel, S. 116; vgl. dazu Rogall, Der Beschuldigte, S. 143

Es ist allerdings nicht einzusehen, warum Franzheim dieses Argument dann nicht anwendet, wenn die Provokation nur der Konkretisierung eines bereits vorhandenen Tatentschlußes dienen soll. An der Tatsache, daß der a.p. auch den zur Tat entschlossenen Täter "in's offene Messer laufen läßt", ändert dessen Tatentschluß auch nichts. Wenn der Betroffene wüßte, daß er die Tat unter den Augen der Polizei begehen soll, würde er mit Sicherheit von seinem Tatentschluß Abstand nehmen. Die Polizei baut darauf auf, daß der Betroffene die Konsequenz seines Handelns nicht überblicken kann [1]. Besonders deutlich wird die Objektstellung bei dem Betroffenen, der unverdächtig und ohne Vorstrafen durch den a.p. "in die Kriminalität gebracht" [2] wird. Das gilt aber ebenfalls für den Serientäter, der durch eine weitere Straftat überführt werden soll. Die StPO gibt ihm, hat er sich erst einmal zur Tat provozieren lassen, das Recht zu schweigen und für sein Lügen wird er nicht bestraft [3]. Was aber soll ihm das noch nutzen, wenn er lückenloses Beweismaterial gegen sich geschaffen hatte, indem er die Tat unter den Augen der Polizei beging? Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß er das ja auch tut, wenn die Polizei einen ihr bekannten Tatort überwacht und den Täter auf frischer Tat ertappt. Der entscheidende Unterschied besteht darin,

---

1) De Lazzer/Rohlf, JZ 77, 211 zum Lauschangriff mittels heimlich in der Wohnung angebrachter Mikrofone
2) OLG Stuttgart, MDR 80, 1038
3) Dazu Rogall, Der Beschuldigte, S. 37 ff, 50, 52 ff, "so mag man durchaus von einem 'Recht zur Lüge' sprechen", a.a.O., S. 54; a.A. Petry, S. 44: "insbesondere gibt es kein 'Recht zur Lüge'"

daß der a.p. den Betroffenen erst zur Tat verleitet, um ihn zu überführen; dabei ist er ihm arglos ausgeliefert, verspielt seine wichtigsten Verteidigungsmittel und ist damit bloßes Objekt staatlichen Handelns.

Aus den soeben angeführten Gründen muß auch Mache [1] widersprochen werden, der im Rahmen der Achtung der Menschenwürde fordert, "zumindest den unbescholtenen und unverdächtigen Bürger in seiner Rechtstreue soweit irgend möglich zu unterstützen und ihn vor der Begehung von Straftaten zu bewahren". Jeder, auch der Schwerkriminelle, hat Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde; dies wird in § 136a StPO deutlich, der ja nicht gerade für Unverdächtige und Unbescholtene u.a. die Achtung der Menschenwürde im Strafverfahren sichern soll. Wurde die Menschenwürde erst einmal verletzt, so ist eine Differenzierung nach mehr oder weniger geschützten Menschen absolut unzulässig [2]. Die Überführung mittels a.p. aber berührt die Menschenwürde des Betroffenen.

6.6.2 Auch das in Art. 2, 1 GG garantierte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit kann tangiert sein, da der Betroffene ja zu einer bestimmten Handlung verleitet werden soll [3]. Dazu Less [4] für den Fall des Anstifters: dieser verletze die "Achtung vor der fremden Persönlichkeit (...). Indem er die Motivation des Willens eines anderen auf das Verbotene lenkt, greift er in die freie Entfaltung der Persönlichkeit ein".

---

1) Strafverteidiger 81, 600
2) Sendler, S. 77 f
3) Dazu Berz, S. 418 f; Lüderssen, Peters-Festschrift, S. 364 f; Stempel, S. 116
4) ZStW 69, 52

Dabei ist es dem Angestifteten nicht uneingeschränkt freigestellt, die Tat zu begehen: "Der Anstifter stellt nicht anheim, sondern wirbt. Auf dem Unterschied zwischen beiden Begriffen beruht zu einem guten Teil die stürmische Entwicklung der modernen Wirtschaft (...) Seiner allgemeinen Begriffsdeutung nach ist Anstiftung gelungene Werbung für tadelhaftes Verhalten" [1]. Diesem Argument läßt sich Zühlsdorf [2] entgegensetzen, der davon ausgeht, daß der Untergrundfahnder es mit solchen Personen zu tun habe, die "auch ohne Provokation zu strafbarem Tun entschlossen sind", "bei denen eine ständige Bereitschaft zur Begehung strafbarer Handlungen vorhanden ist". Dazu ist zu sagen, daß sich aus den vorliegenden Gerichtsentscheidungen ein anderes Bild ergibt: es wurden nämlich nicht nur mehrfach unbescholtene und unverdächtige Bürger zu Straftaten verleitet [3], sondern auch Kleinkriminelle zu schweren Straftaten [4]. Selbst wenn man solche Fälle heranzieht, wie sie Zühlsdorf vorschweben, so wirkt der a.p. doch stets wie ein Katalysator auf die kriminelle Energie." Diese Bestärkung findet bei Anstiftung und psychischer Beihilfe immer statt, auch wenn der Täter ein hochgradiger Lump ist. Die Verleitung oder Bestärkung zur einzelnen bösen Tat trägt zudem immer die Gefahr der Charakterverderbnis

---

1) Less, a.a.O., S. 48, 46
2) Kriminalistik 74, 193; ebenso Körner, Strafverteidiger 82, 383
3) Vgl. dazu BGH NJW 81, 1626; OLG Stuttgart MDR 80, 1038; LG Verden, Strafverteidiger 82, 364; offengelassen in BGH Strafverteidiger 81, 163, 164 und in dem von Lüderssen, Denninger/Lüderssen S. 255 ff, dokumentierten Fall
4) BGH NJW 80, 1761

in sich. Kein Mensch ist so schlecht, als daß er nicht noch schlechter gemacht werden könnte" [1]. Jeder Mensch dürfte wohl zu jeder Untat gebracht werden können, wenn man nur das richtige Mittel anwendet. Manche mögen mehr, manche weniger Widerstand gegen die Versuchung leisten. Das darf aber keinesfalls dazu führen, daß die Strafverfolgungsbehörden bzw. die Polizei diese Widerstandskraft und damit die Rechtstreue der Bürger prüfen, indem sie gewisse Anreize zur Begehung von Straftaten geben. Jeder, auch der kleinste Anreiz, kann zu einer Willensbeeinflussung des Betroffenen und damit zur Begehung der Straftat führen. Dietze fragt zu Recht: "Is not the right not to be tempted an important human right?" [2] Jede Provokation von Straftaten stellt eine Beeinflussung des Willens des zu Überführenden dar und tangiert damit sein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.

6.6.3 Aus den beiden bisher behandelten Grundrechten leitet sich das Prinzip "nemo tenetur seipsum prodere" ab. Das BVerfG erkennt diesem Grundsatz Verfassungsrang zu. Es betont, daß erzwungene selbstbelastende Aussagen unter das strafprozessuale Verwertungsverbot fielen und daß es "die Menschenwürde gebiete, daß der Beschuldigte frei darüber entscheiden könne, ob er als Werkzeug zur Überführung seiner selbst benutzt werden

---

1) Mayer, Rittler-Festschrift S. 256
2) JÖR 28, 609; ähnlich äußert sich Singewald, der 1908 für die weitgehende Straflosigkeit des a.p. eintrat, auf S. 123: "Es kann der Verkommenste noch sein Damaskus erleben, und kann der Sicherste straucheln. Oder wer wäre unfehlbar genug, um der sechsten Bitte spotten zu dürfen?"

dürfe". [1] Dieser zweite wichtige Teil der Inhaltsbestimmung macht deutlich, daß es sich nicht nur um den Schutz vor erzwungener Selbstbelastung handelt, sondern auch um den Schutz vor Beweisen, die durch Täuschung erlangt wurden. "Daß jemand zu seiner eigenen Verurteilung beiträgt, ist von der - unbedingt sicherzustellenden - Freiwilligkeit abhängig, das Interesse der Wahrheitsfindung hat demgegenüber zurückzutreten" [2]. In einigen von der Rspr. entschiedenen Fällen zum Einsatz von Lockspitzeln ist die Tat unter Zwang oder zumindest an Zwang grenzender Einwirkung begangen worden [3].

In den übrigen Fällen wird die Selbstbelastung durch Täuschung bewirkt, denn der a.p. hat den Täter bewußt im unklaren gelassen, daß die Tat zu seiner Überführung dienen soll. Die Grenze dessen, was man als zulässige List und was man als unzulässige Täuschung zu betrachten hat, ist im Einzelfall schwierig zu ziehen. Für die Täuschung im Rahmen des § 136a StPO wird oft eine vorsichtig einschränkende Auslegung befürwortet und mit dem Hinweis auf das Erfordernis einer

---

1) BVerfG NJW 81, 1431 m.w.N.; BGHSt 14, 358, 364 f; 25, 325, 331; so auch schon Beling, S. 11; Rogall, Der Beschuldigte, S. 67 ff zur Herkunft des nemo-tenetur-Prinzips und S. 104 ff, 116 ff zu seiner Begründung im deutschen Recht.

2) Grünwald, JZ 66, 495; ähnlich fordert Seebode, MDR 70, 187, daß eine "unfreiwillige Mitwirkung an der eigenen Verurteilung" nicht herbeigeführt werden dürfe; vgl. auch Osmer, S. 18; Dencker, S. 89, Fn. 284

3) BGH Strafverteidiger 82, 53: Überlassung von Heroin als Belohnung für die Mitwirkung; BGH Strafverteidiger 81, 163: Drohung mit Repressalien gegen die Familie des Betroffenen

wirksamen und schlagkräftigen Verbrechensverfolgung begründet [1].

Eine Täuschung ist nach dem Wortlaut des § 136a StPO gegeben, wenn die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung beeinträchtigt wird. Es stellt sich die Frage, ob der a.p. stets eine Täuschung begeht, oder ob nur "die Motivation für die Äußerung", nicht aber die "Äußerungsfreiheit" [2] eingeschränkt wird. Zur Beantwortung dieser Frage muß man sich nochmals vor Augen halten, was der a.p. eigentlich tut und was er erreichen will: Er gibt sich als interessierter Käufer von Rauschgift oder Waffen aus oder nennt einen günstigen Einbruchsort; er wirkt also aktiv auf die Begehung der Straftat hin, bei der der erfolgreich provozierte Täter überführt werden soll. Der a.p. begeht eine Täuschung über seine tatsächliche Funktion durch positives Tun, indem er sich als ein anderer ausgibt, als er tatsächlich ist. § 136a StPO verbietet aber, den Beschuldigten anzulügen [3]. Die Äußerungsfreiheit des Betroffenen wird dadurch beeinflußt, daß er meint, einen "Geschäftspartner" gegenüber zu haben, nicht aber einen Lockspitzel. Es geht insoweit nicht nur um die Ausnutzung eines Irrtums, denn der a.p. wirkt ja aktiv auf die Zusammenarbeit und die Begehung der Straftat hin. Das Täuschungsverbot greift aber dann ein, "wenn die Wahrheit bewußt und absichtlich entstellt wird" [4]. Das tut der a.p. ohne Zweifel in jedem Fall, wenn er als vermeintlicher "Geschäftspartner" eine Straftat provoziert, denn

---

1) Eb. Schmidt, LK II, § 136a Rn. 13; Meyer, L-R, § 136a Rn. 28; Kleinknecht, StPO § 136a Rn. 8; vgl. auch Sendler, S. 13 ff
2) Peters, LB S. 314
3) Meyer, L-R, § 136a Rn. 28
4) Meyer, L-R, § 136a Rn. 31

der ganze Plan beruht ja darauf, den Betroffenen über seine Funktion zu täuschen.
Insoweit liegt es ähnlich wie in den Fällen, in denen ein Polizeispitzel in die Gefängniszelle zu dem vermeintlichen Mörder gelegt wird, um von diesem ein Geständnis zu erhalten [1], oder wenn der als Priester verkleidete Staatsanwalt diesem "die Beichte" [2] abnimmt; ein solches Vorgehen wird nicht für zulässig gehalten [3]. Durch die Täuschung über seine Funktion erreicht der a.p., daß der Betroffene gerade mit ihm und unter seiner Kontrolle eine Straftat begeht, bei der er überführt wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der a.p. einen unverdächtigen und unbescholtenen Bürger "in die Kriminalität führt" [4], oder ob er einen Serientäter zur nächsten Straftat anregt. Der Effekt ist nämlich stets der gleiche: Der Betroffene vertraut darauf, einen zuverlässigen Partner zu haben, der ihn dann im günstigsten Zeitpunkt aber der Strafverfolgung überläßt.
Der BGH [5] hat entschieden, daß ein Geständnis, das durch das Versprechen erlangt wurde, es nicht weiterzuleiten, unverwertbar sei. Die Situation des Lockspitzeleinsatzes ähnelt dem insoweit, als auch hier der provozierte Täter davon ausgeht, daß seine strafbare Handlung nicht den Strafverfolgungsbehörden bekannt gegeben wird. Dem könnte man entgegenhalten, daß ein solcher Irrtum nicht unbedingt beseitigt werden müsse,

---

1) Sendler, S. 18 f; Sydow, Kritik, S. 93 f; Petry, S. 171 f
2) Sendler, S. 20 f; Petry, S. 170 f
3) Schäfer, L-R, Einl. 6, Rn. 7: "Die Würde der Rechtspflege verbietet es, die Überführung des Beschuldigten auf solche 'Tricks' zu gründen."
4) OLG Stuttgart, MDR 80, 1038
5) BGH MDR 54, 17 zu § 346, mitgeteilt bei Dallinger

sondern daß man ihn ausnutzen könne [1]; dem Betroffenen sei ja nichts versprochen worden. Dieses Argument greift hier aber nicht, da der a.p. zuvor auf diesen Irrtum ursächlich hingewirkt hat [2]. Er sollte ja gerade ein Vertrauensverhältnis aufbauen, um der Strafverfolgung den Zugriff zu ermöglichen [3]. Anders ausgedrückt hat ein Beschuldigter und erst recht jemand, der nicht einmal Beschuldigter ist, nicht nur die Möglichkeit, sich aktiv im Verfahren zu verteidigen, sondern auch sich passiv zu verhalten. §§ 136a und 136 StPO sichern dem Beschuldigten die Möglichkeit zu schweigen. Das Wesen des Schweigerechts und der Mitwirkungsfreiheit besteht darin, "daß der Angeklagte nicht gezwungen werden darf, ein Beweismittel gegen sich selbst zu liefern" [4]. Was aber tut der provozierte Täter anderes? Indem die Strafverfolgungsbehörden sich des Mittels der Täuschung beim Lockspitzeleinsatz bedienen, erreichen sie, daß der Betroffene sich selbst überführt. Das Auftreten als "Geschäftspartner", das Angeben günstiger Einbruchsmöglichkeiten, die Anbahnung lukrativer Waffengeschäfte, jede Art der Förderung der Straftat verleitet den erfolgreich provozierten Täter zur eigenen Überführung, weil er über die Funktion des a.p. gezielt getäuscht worden ist. [5]

---

1) Meyer, L-R, § 136a, Rn. 30
2) Meyer, L-R, § 136a, Rn. 30; Eb. Schmidt, NJW 62, 665
3) Vgl. Kürbis/Müller, Kriminalistik 71, 449 u. LG Verden, Strafverteidiger 82, 364 zur Art des Vorgehens
4) BGH MDR 72, 16, 18 bei Dallinger; BGHSt 14, 358, 364, 365; BGH NJW 74, 1570, 1571; zuletzt BVerfG NJW 81, 1431 Rogall, Der Beschuldigte, S. 59 ff; Stempel, S. 118 f; Eb. Schmidt, LK I, Rn. 99
5) Im Ergebnis ebenso: Berz, JuS 82, 419; Lüderssen, Peters-Festschrift, S. 363: a.A. ohne Begründung Karge, S. 59

Zwei weitere Aspekte unterstützen die vorhergehenden Argumente: Die §§ 136, 136a StPO gelten in erster Linie für die Vernehmung des Beschuldigten [1]; das ergibt sich aus ihrer Stellung im Gesetz. Daraus, daß der zu provozierende Betroffene oft noch kein Beschuldigter ist und daß die Provokation wohl keine Vernehmung ist, läßt sich aber nicht der Schluß ableiten, daß er in diesem Stadium völlig ungeschützt ist. Die genannten Vorschriften sind nur Ausgestaltungen des Grundgesetzes für die besondere Situation des Strafverfahrens [2]. Die in ihnen enthaltenen Grundsätze müssen erst recht außerhalb des Strafverfahrens und der Vernehmung des Beschuldigten gelten. Insoweit ist Eb. Schmidt [3] voll zuzustimmen, wenn er die über die systematische Stellung dieser Vorschrift (§ 136a StPO) hinausgehende Bedeutung betont: Sie schütze die Willensentschließungs und -betätigungsfreiheit auch in Bezug auf die anderen prozessualen Verhaltensweisen. Dürig [4] hat keine Bedenken dagegen, diese Norm zu einem "allgemeinen Rechtssatz" zu erheben, an den alle Staatsorgane gebunden sind:"...alle mit Hilfe von List, Täuschung, Drohung, seelischer Mißhandlung usw. erreichten Hoheitsakte sind wegen Verstoßes gegen Art. 2 GG fehlerhaft, wobei es gleichgültig ist, ob die grundgesetzwidrige Maßnahme für den Erlaß des Hoheitsaktes (des Urteils etc.) kausal war" [5].

---

1) BGHSt 17, 14; Meyer, L-R § 136a Rn. 8,9; Peters, LB, S. 255
2) Eb. Schmidt, LK I, Rn. 99 u. LK II, Vorbem. zum 8. u. 9. Abschnitt, Rn. 8; Berz, JuS 82, 419; Sendler, S. 6 ff m.w.N.
3) LK II, § 136a Rn. 5; Lüderssen, Peters-Festschrift, S. 361 ff, befürwortet mit dieser Begründung die direkte Anwendung des § 136a auf den a.p.; Stempel, S. 117 ff erwägt analoge Anwendung
4) Maunz/Dürig/Herzog Art. 2 I, Rn. 34
5) Dürig, a.a.O.

"Es ist heute anerkannt, daß die öffentliche Gewalt nicht Irrtums-, Täuschungs- oder Zwangslagen auszunutzen oder gar herbeiführen darf." [1] Gelten diese Grundsätze aber auch außerhalb der Vernehmung des Beschuldigten, so steht der provozierte Täter schlechter da, als jeder andere Beschuldigte. Letzterer ist nämlich über sein Schweigerecht zu belehren und allein durch die Tatsache, daß er polizeilich vernommen wird, vorgewarnt. Der provozierte Täter dagegen ist weder gewarnt, noch weiß er überhaupt, daß es darum geht, Belastungsmaterial gegen ihn zu schaffen. Der zweite Aspekt ist, daß die Polizei viel mehr von ihm will, als eine schlichte Aussage: sie will die Tat sehen. Durch diese soll er sich selbst überführen und gleichzeitig seiner im Grundgesetz verwurzelten Verteidigungsrechte berauben. Soll er im Strafverfahren doch schweigen, soll er doch lügen; was nutzt ihm das denn noch, wenn er die Tat unter den Augen der Strafverfolgungsbehörden begangen hat! Radbruch [2] führte eindrucksvoll im Zusammenhang mit Narkoanalyse und Lügendetektor zum Recht des Beschuldigten auf den Schutz vor Selbstbelastung aus: "Freilich ist es nicht das Geständnis selbst, das jetzt eine Umwertung erfährt, vielmehr unbewußte und ungewollte Äußerungen des Beschuldigten... Die Versuchungen, die heute in gleicher Richtung wirksam sind, in Nachwirkung von Gestapo-Methoden, aber auch unter dem Einfluß amerikanischer Bräuche und Mißbräuche, bedeuten dagegen eine ernste Gefahr für das rechtsstaatliche Ethos unseres Strafprozesses...Auch wenn dies Methoden völlig unzweifelhafter Wahrheitsfindung wären, müßten sie als ein Geständniszwang, als ein Rückfall in den

---

1) Sydow, Kritik, S. 90 f; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 178, 297
2) Sauer-Festschrift, S. 123

Inquisitionsprozeß, als ein Verrat am rechtsstaatlichen Prozeßdenken zurückgewiesen werden".
Wenn Radbruch den Lockspitzeleinsatz nicht ohnehin als "uneingeschränkt verworfen" [1] betrachtet hätte, so hätte er die Sätze mit Sicherheit direkt auf diese Methode angewandt. Kein Geständnis kann den Täter so schwer und unwiderruflich belasten, wie die unter den Augen der Polizei begangene und von ihr provozierte Straftat. "Mag ihn (den Beschuldigten) wie jeden eine Pflicht (...) zu dulden (pati) treffen; eine Pflicht, zur eigenen Überführung tätig zu werden (facere), wäre eine Unmöglichkeit". [2] Das Grundrecht des Straftäters auf Schutz vor Selbstbelastung ist durch den Lockspitzeleinsatz beeinträchtigt.

6.6.4 Für den Bereich der Strafverfolgung kommt weiter in Betracht, daß der vom Lockspitzeleinsatz Betroffene in seinem Recht auf ein anständiges Verfahren, "fair trial", beeinträchtigt wird. [3] "Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich anerkanntermaßen auch ein Anspruch auf ein faires, d.h. an den Grundsätzen der Gerechtigkeit orientiertes Verfahren (fair trial), wie es in Art. 6 MRK seinen Ausdruck gefunden hat" [4]. Roxin [5] bezeichnet das Gebot des fairen Verhaltens als obersten Grundatz des gesamten Strafprozessrechts.
Unter dieses Gebot fällt auch das Verbot widersprüchlichen Verhaltens der Strafverfolgungsbehörden [6].
Das Gebot des "fair trial" gelangt nicht erst in der Hauptverhandlung zur Geltung, sondern bestimmt das ganze Strafverfahren, das mit der ersten Ermittlungs-

---

1) A.a.O., S. 124 f
2) Eb. Schmidt, LK II § 95, Rn. 1 zur Editionspflicht
3) Vgl. dazu Schäfer, L-R, Einl. 6, Rn. 16 ff; Rogall, ZStW 91, 23
4) BGHSt 24, 125, 131 m.w.N.
5) Strafverfahrensrecht, § 11, V
6) Zum widerspruchsvollen Verhalten des Staates bei der Verwertung der Aussagen von V-Leuten vgl. Bruns, S. 65 ff, 70 f; dagegen Rebmann, NStZ 82, 318

maßnahme beginnt [1]. Wenn die Strafverfolgungsbehörde einen Lockspitzel einsetzt, so verhält sie sich widersprüchlich. Deutlich wird dies, wenn der a.p. dem Betroffenen zusagt, daß die geforderte Handlung legal sei,[2] wenn ein Unschuldiger erst zur Begehung von Straftaten verleitet wird [3] oder wenn ein bereits Krimineller zu einer schweren Straftat veranlaßt wird[4]. Es gilt über diese offensichtlichen Fälle hinaus aber für jede provozierte Straftat, denn kaum ein Verhalten des Staates kann widersprüchlicher sein, als einerseits den Betroffenen zu einer Straftat zu bringen, um ihn dann andererseits dafür zu bestrafen. Der BGH [5] führt dazu aus: "Hat ein im Auftrag oder mit Billigung staatlicher Behörden tätiger a.p. den Täter erst durch eine - im beschriebenen Sinne - erhebliche Einwirkung vom Wege des Rechts abgebracht, so setzt sich der Staat dem Vorwurf widersprüchlichen und arglistigen Verhaltens aus, wenn er nun unternähme, den Täter zu verfolgen, um ihn wieder auf den Weg des Rechts zurückzuführen". Der Ansatz des BGH entspricht dem Gebot des "fair trial", seine Einschränkung allerdings nicht. Sie ist das Resultat der Suche des BGH nach einem Weg, den Lockspitzeleinsatz nicht uneingeschränkt zuzulassen, ihn aber auch nicht völlig zu verbieten. Für das arglistige Verhalten der Strafverfolgungsorgane kommt es weder darauf an, ob der Täter mehr oder weniger getrieben wurde, noch, ob er

---

1) Eb. Schmidt, LK I, Rn.57
2) So in dem von Lüderssen, Denniger/Lüderssen S. 255 ff geschilderten Fall
3) BGH NJW 81, 1626; OLG Stuttgart MDR 80, 1038; LG Verden, Strafverteidiger 82, 364; ungeklärt in BGH Strafverteidiger 81, 163 und dem von Lüderssen, Denniger/Lüderssen S. 255 ff dokumentierten Fall
4) BGH NJW 80, 1761
5) BGH NJW 81, 1626

mehr oder weniger der Versuchung widerstehen konnte; entscheidend ist nur Provokation einerseits und Strafe andererseits. Solange Lockspitzel zu Zwecken der Strafverfolgung eingesetzt werden, ist das Recht des so Überführten auf ein anständiges Verfahren beeinträchtigt.

6.6.5 Der Einsatz von a.p. könnte auch gegen die in Art. 6 II MRK niedergelegte Unschuldsvermutung verstoßen. [1] Sie ist ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip begründet und ist von erheblicher Bedeutung für das Strafverfahren. In erster Linie will sie verhindern, daß jemand ohne Nachweis seiner Schuld in einem gesetzlich geregelten Verfahren als schuldig behandelt wird. [2] Sie verbietet voreingenommene Behandlung des Beschuldigten im Verfahren, berührt aber nicht die Zulässigkeit von Strafverfolgungsmaßnahmen auf Grund bestimmten Verdachts [3]. Abgesehen davon, daß noch nicht feststeht, ob der Lockspitzeleinsatz überhaupt eine zulässige Strafverfolgungsmaßnahme ist, steht damit bereits fest, daß der Einsatz gegen Unverdächtige unzulässig ist; jede strafprozessuale Zwangsmaßnahme setzt einen bestehenden Verdacht voraus.
Für die übrigen Täter ist entscheidend, daß niemand ohne Schuldnachweis als schuldig betrachtet werden darf. Wird aber ein a.p. auf eine bestimmte Person angesetzt, so geht die Polizei davon aus, daß dieser schuldig wird; das ist ja schließlich der Zweck der Übung. Solange der Schuldnachweis aber nicht erbracht ist, darf nicht davon ausgegangen werden, daß

---

1) Dazu Rogall, Der Beschuldigte, S. 109 ff
2) BVerfG 22, 254, 265
3) Kleinknecht, StPO, A 4 MRK, Art. 6, Rn 11

der zu provozierende Täter schuldig war oder zumindest werden wird [1].

"Einem naiven Gemüt mag es verdienstlich oder wenigstens erträglich erscheinen, den leugnenden Mörder zu überführen, indem der Kriminalbeamte ihm als angeblicher Mitgefangener und Zellengenosse ein Geständnis entlockt...Die Würde der Rechtspflege verbietet es, die Überführung des Schuldigen auf solch "Tricks" zu gründen. Auch der schwerster Straftaten Beschuldigte und dringlich Verdächtige hat Anspruch auf ein faires, gesetzmäßiges Verfahren. Das schlägt sich in dem Satz nieder, bei jedem Angeklagten werde bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld vermutet, daß er unschuldig ist. Keinerlei Ausnahmen sind zulässig; in keinem Fall heiligt der Zweck die Mittel" [2].Wieviel mehr muß das für die staatliche Provokation von Straftaten zu Überführungszwecken gelten, denn sie läßt die Notwendigkeit eines Geständnisses entfallen. Der Einsatz von Lockspitzeln ist mit der Unschuldsvermutung unvereinbar.

6.6.6 Auch das Sozialstaatsprinzip [3] (Art. 20 I GG) kann durch die Verwendung von a.p. berührt sein. Es stellt zwar in erster Linie ein dem Gesetzgeber aufgegebenes Verfassungsprogramm dar [4], es können aber auch einzelne Individualrechte aus ihm abgeleitet werden. Gemeint ist

---

1) Auch ohne Art. 6 MRK sah Singewald bereits 1908 dieses Problem (S. 122): "Oder, 'Nützlichkeitsfanatiker', seid Ihr dessen so gewiss, daß das Opfer des a.p. in jedem Falle ein Unverbesserlicher ist? Aber ist noch kein Saulus ein Paulus geworden? ... Und wenn er nun des steinigen Pfades noch ungewohnt an der Versuchung des a.p. strauchelte?"
2) Schäfer, L-R, Einl. 6,Rn.7
3) Lüderssen, Peters-Festschrift, S. 365 f
4) Denninger, Denninger/Lüderssen, S. 15 unter Hinweis auf BVerfGE 5, 198, 206; 22, 204

hier, daß die Gesellschaft sich aus einer Vielzahl von Gruppen und Einzelpersonen zusammensetzt, die sich über die in Art.1 und 2 GG gesteckte Grenze hinaus nicht beeinträchtigen sollen. "Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das des isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten" [1]. Ein Funktionieren dieser Gemeinschaft ist aber nur dann gewährleistet, wenn der Staat nicht den Einzelnen mit ihr in Widerspruch setzt. In einem solchen Fall verstößt der Staat gegen seine Pflicht, das soziale Zusammenleben zu achten und zu schützen. Mit dieser Pflicht muß auch ein Recht des Einzelnen verbunden sein, vor derartigen Eingriffen verschont zu bleiben. "Betont der Gedanke des modernen Wohlfahrtsstaates das feste soziale Band zwischen den Menschen, so geht er davon aus, daß der eine auf den anderen angewiesen ist und das Leben aller Menschen von der Idee einer 'sozialen Solidarität' bestimmt wird, in deren Rahmen jeder auch für den anderen eine soziale Mitverantwortung trägt" [2]. Diese soziale Solidarität ist aber nicht nur auf die Menschen untereinander beschränkt, sondern sie muß in gleicher Weise auch zwischen Staat und einzelnen Person bestehen. Zumindest hat wohl der Bürger ein Recht darauf, vom Staat in seiner Rechtstreue unterstützt zu werden; wenn der Staat statt dessen versucht, ihn darin zu erschüttern, seine inneren Schwächen aufzudecken, bloßzustellen und der Strafverfolgung auszusetzen, so wird der Staat seinen sozialen Verpflichtungen nicht gerecht.

---

1) BVerfGE 4, 7, 15 ff; vgl. auch BVerfG NJW 81, 1432
2) Würtenberger, JZ 67, 238

"Von der Gemeinschaft aus betrachtet verlangt das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind; dazu gehören auch die Gefangenen und Entlassenen" [1]. Diese Vor- und Fürsorgepflicht ist erst recht dann nicht erfüllt, wenn der Staat Bürger zu Straftaten provoziert. Das Recht des Bürgers auf Fürsorge durch den Staat wird durch den Einsatz von a.p. tangiert.

6.6.7 Auf ähnlichen Grundlagen baut die Überlegung auf, ob der Staat durch die Provokation von Straftaten nicht seine Pflicht zur Resozialisierung von Straftätern verletzt [2]. Die Resozialisierung stellt einen Hauptzweck der Strafverfolgung dar. Dies hat in § 46 I 2 StGB seinen Niederschlag gefunden, wonach bei der Zumessung von Strafen ihre Wirkung im künftigen Leben des Täters zu berücksichtigen ist. Es fragt sich, ob der Täter ein subjektives Recht auf seine Resozialisierung hat. Das BVerfG [3] formuliert: "Vom Täter aus gesehen erwächst dieses Interesse an der Resozialisierung aus seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Grundgesetz". Wenn es dem Täter auch nicht ausdrücklich ein Recht, sondern ein "Interesse" zubilligt, so wird man doch aus dem Hinweis auf die beiden genannten Grundrechtsartikel darauf schließen können, daß zumindest diese tangiert sein können, wenn durch den Lockspitzeleinsatz die Resozialisierung gefährdet sein sollte.

---

1) BVerfGE 35, 202, 236
2) Berz, JuS 82, 420; Franzheim, NJW 79, 2015
3) BVerfGE 35, 202, 236

Daß diese Gefährdung besteht, wird besonders deutlich, wenn Bewährungshelfer oder Probanden selbst als a.p. eingesetzt werden [1] oder, wie in BGH NJW 81, 1626, solche, gegen die selbst ein Strafverfahren anhängig ist. In dem Fall der Bewährungshelfer ist deren Rolle grob verkannt, wenn sie nicht als Helfer, sondern als Versucher eingesetzt werden. In den Fällen des Probanden und des Straftäters werden diese tiefer in die kriminelle Umgebung hineingeschickt, anstatt aus ihr herausgehalten.

"Ein Gefangener, der wegen einer Straftat einsitzt, zu der er vom Staat provoziert worden ist, wird seinen Glauben an die menschliche Gesellschaft verlieren. Es dürfte kaum möglich sein, ihn zu einem verantwortungsvollen Mitglied dieser Gesellschaft zu erziehen." Franzheim [2], von dem dieses Zitat stammt, bezieht hierin wohl nicht die provozierten Täter ein, die ohnehin bereits zur Tat geneigt waren. Man könnte meinen, daß es an den Resozialisierungsmöglichkeiten für den Täter nichts ändert, wenn er bereits zur Tat entschlossen war; er hätte ja ebensogut bei der Tatbegehung observiert und überführt werden können. Man muß aber bedenken, daß er ja von dem a.p. zu der Tat aufgefordert wird, daß praktische Schwierigkeiten vermindert werden, indem sich der Lockspitzel als Drogenaufkäufer anbietet oder ein besonders günstiges Einbruchsobjekt benennt. Selbst der verbohrteste Gewohnheitsverbrecher wird durch solche "Tricks" seinen letzten Respekt vor dem Staat verlieren. Er wird nur die Konsequenz ziehen, die man auf der Frankfurter Drogenszene auch gezogen hat, sich in Zukunft vorsichtiger zu verhalten und miß-

---

1) Nachweise bei Lüderssen, Peters-Festschrift S. 366
2) NJW 79, 2015

trauischer zu werden [1]. Das aber trägt nicht zu seiner Wiedereingliederung in die Gesellschaft bei, es kann ihr nur schaden. Mißtrauen und Angst mögen sicher geeignet sein, Straftaten zu verhindern; aber was hat das dann noch mit dem Resozialisierungsgedanken zu tun.
Baumann [2] schreibt über die Resozialisierung im Strafvollzug: "Will man Versöhnung mit der Gesellschaft erreichen, so muß man zunächst aus dem Vollzuge alle Maßnahmen eliminieren, die zu einer Verhärtung des Täters, zu Trotzreaktionen und zur Abkapselung führen können. Diese Verhaltensweisen gefährden gleichzeitig die Resozialisierung in besonderem Maße. Aber auch von einer "Versöhnung" mit der Gesellschaft kann ja keine Rede sein, wenn man im Vollzuge neuen Haß sät." Dies muß uneingeschränkt auch bei der Strafverfolgung gelten, denn es hieße die Augen vor der Realität verschliessen, wollte man die Resozialisierung erst im Strafvollzug oder gar danach einsetzen lassen. Abkapselung, Trotzreaktionen und Verhärtung des Täters ist genau das, was man mit einem "erfolgreichen" Lockspitzeleinsatz erreicht. Man fördert nicht, sondern man gefährdet durch den Lockspitzeleinsatz die Resozialisierung des provozierten Täters.

6.6.8 Der Einsatz von a.p. könnte auch die Privatsphäre des Betroffenen tangieren.

---

1) Dazu Thomas, Schriftenreihe PFA, 1/82, S. 62; in der Drogenszene herrscht zwar ohnehin großes Mißtrauen gegenüber jedermann (vgl. Kürbis/Müller, Kriminalistik 71, 451 ff), es steht aber m.E. außer Frage, daß der a.p. dies noch vergrößert; a.A. wohl Körner, Strafverteidiger 82, 384
2) Strafrecht im Umbruch, S. 27; vgl. auch Radbruch, Sauer-Festschrift, S. 125

Der Schutz der Privatsphäre ist ein verfassungsmäßig garantiertes Recht, das sich aus Art. 1, I, 2, I GG und Art. 8, I MRK ergibt [1]. Sie ist der "Bereich des Fürsichseins" [2], der von staatlicher Ausforschung frei sein soll. Neben anderen Merkmalen, wie der persönlichen Vergangenheit oder dem Gefühlsleben [3] gehören zu ihr auch Äußerungen schriftlicher, mündlicher und tatsächlicher Art, an denen nur eine beschränkte Öffentlichkeit teilhaben soll. Um einen solchen Fall handelt es sich, wenn ein a.p. einen anderen versucht, zu einer Straftat zu verleiten: Der Betroffene wird, wenn der a.p. Erfolg hat, nicht nur mündlich zustimmen, sondern tatsächlich eine Straftat begehen, oder dies zumindest versuchen. Dabei versteht es sich von selbst, daß er davon ausgeht, daß diese Tat nicht bekannt wird, denn andernfalls würde er der Versuchung wohl kaum erliegen. Der Lockspitzel schleicht sich in das Vertrauen des Betroffenen ein, um ihn zu einer Äußerung zu verleiten, die dieser in unbeschränkter Öffentlichkeit niemals tun würde. Das Recht auf eine Privatsphäre erkennt die Rechtsprechung grundsätzlich an [4], trifft dabei aber einige Unterscheidungen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die vom BVerfG entwickelte Dreistufentheorie [5]. Diese wurde am Beispiel einer Tonbandaufnahme entwickelt, über deren Verwendbarkeit im Verfahren entschieden werden sollte. Allein die Zwischenschaltung eines technischen Hilfsmittels,

---

1) Kleinknecht, StPO, A 4, MRK, Art. 8, Rn. 1
2) Evers, S. 7; dazu auch Sendler, S. 94 ff
3) Evers, S. 8, der noch weitere Merkmale aufzählt, ohne allerdings Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben; Studer, S. 22 f
4) BVerfGE 34, 238; BGHSt 14, 357 und 19, 325
5) BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891; dazu Gössel, NJW 81, 655; gleiche Unterscheidungen trifft man in der Schweiz: Studer, S. 24

wie eines Tonbandes,kann aber nicht zu einer grundsätzlich anderen Beurteilung führen; auch a.p. und Polizei sind im Strafverfahren bereit, die Äußerungen des Betroffenen zu wiederholen, auch wenn dieser damit nicht einverstanden ist. Da sich ein absoluter Schutz der Privatsphäre bei Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung kaum jemals realisieren lassen wird, wird im Folgenden die Dreistufentheorie des BVerfG zur Abgrenzung herangezogen werden.

Die Dreistufentheorie nimmt einen absoluten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung an, nämlich die Intimsphäre, in die selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit keinen Eingriff rechtfertigen [1]. Auf der anderen Seite stehen die Fälle, bei denen nach allgemeiner Auffassung ein privater Charakter der Äußerung nicht mehr gegeben ist, wie z. B. im allgemeinen Geschäftsverkehr [2]. Dazwischen stehen die Fälle, bei denen der Betroffene sich zwar in seinem Privatbereich befindet, der aber nicht zu dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zählt. Hier besteht ebenfalls ein Schutz der Privatsphäre, er kann jedoch durchbrochen werden, wenn ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit dies rechtfertigt [3]. Es fragt sich, wie sich der Lockspitzeleinsatz in diese drei Kategorien einordnen läßt. Evers [4] lehnt den Lockspitzeleinsatz aus Gründen des Schutzes der Privatsphäre grundsätzlich ab:

---

1) BVerfGE 34, 238, 245
2) BVerfGE 34, 238, 247
3) BVerfGE 34, 238, 248 ff
4) Evers, S. 161; ähnlich Dietze, JÖR 28, 612: "But isn't the secret police the most obnoxious invader of privacy? And is it not its making of criminals through inciting or providing opportunities the most reprehensible violation of privacy?"

"Der Betroffene wird verleitet, sein Innerstes zu offenbaren; schon das kann ein Eindringen in den Kernbereich der Person sein, weil einer Veranlagung des Einzelnen, die nur als Möglichkeit eines rechtswidrigen Verhaltens besteht und noch nicht in die Außenwelt umgesetzt ist, der Sozialbezug fehlt, der sie staatlichem Kundschaften zugänglich macht". Man wird hier aber wohl nach den vom BVerfG aufgestellten Grundsätzen differenzieren müssen: Geht ein a.p. zum Schein ein Liebesverhältnis ein, das er dann dazu ausnutzt, um seinen Partner zu einer Straftat zu verleiten und anschließend der Strafverfolgung zu übergeben[1], so dürfte er ohne Zweifel in den innersten Kernbereich der Lebensgestaltung des Betroffenen eingedrungen sein; hier herrscht der absolute Schutz der Privatsphäre.
Anders wird es aussehen, wenn ein a.p. auf der "offenen Szene" Rauschgiftkonsumenten anspricht, um sie zum Verkauf von Haschisch zu bewegen. Hier dürfte wohl kaum der Kernbereich der Privatsphäre betroffen sein, sicherlich aber auch nicht der völlig ungeschützte Bereich des allgemeinen Geschäftslebens: öffentlich will der Betroffene ja gerade nicht handeln. Entsprechend hat das BVerG auch in seiner Entscheidung den Fall der Verhandlung über eine Steuerhinterziehung dem mittleren, eingeschränkt geschützten Bereich der Privatsphäre zugeordnet. Es hat allerdings nicht ein überwiegendes Allgemeininteresse angenommen, das eine Durchbrechung des grundsätzlichen Schutzes zuläßt, sondern dies nur für "Fälle schwerer Kriminalität - sei es gegen Leib und Leben anderer, sei es gegen die existentielle Grundlage der freiheitlich-demokratischen Grundordnung oder gegen sonstige Rechtsgüter vergleichbaren Ranges -"[2]

---

1) AG Heidenheim, NJW 81, 1628
2) BVerfGE 34, 238, 249 f

in Erwägung gezogen. Legt man diesen Maßstab an, so wird man nicht, wie der BGH es tut [1], die Rauschgiftkriminalität allgemein als so schwere Kriminalität einstufen können, die stets den Schutz der Privatsphäre zurücktreten läßt. Eine Richtlinie könnte der vom BVerfG [2] erwogene § 100 a StPO abgeben und folgende Überlegung des Gerichts: "Hier (...) kommt es allerdings entscheidend darauf an, ob ein derartiger Eingriff bei einer Abwägung, die alle Umstände des Einzelfalles in Betracht zieht, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht" [3]. Dem dürfte es wohl nicht entsprechen, wenn unverdächtige und unbescholtene Bürger von einem Lockspitzel zur Begehung von Straftaten aufgefordert werden; dies ergibt sich bereits daraus, "daß nach dem Menschenbild des Grundgesetzes die Polizeibehörde nicht jedermann als potentiellen Rechtsbrecher betrachten (...) darf" [4].
So wird man als Ergebnis festhalten können, daß der Lockspitzeleinsatz unter Umständen den Kernbereich der Privatsphäre berührt oder auch den eingeschränkt geschützten Bereich, was dann voraussetzt, daß das Allgemeininteresse das Individualinteresse überwiegt. Ob der Lockspitzeleinsatz die Privatsphäre des Betroffenen verletzt, kann nur im konkreten Einzelfall entschieden werden.

6.6.9 Weiter könnte durch die Verwendung von Lockspitzeln das in Art. 103 GG gewährleistete Recht auf rechtliches Gehör beeinträchtigt sein.

---

1) BGH GA 1975, 333
2) BVerfGE 34, 238, 250
3) BVerfGE 34, 238, 250
4) BVerfGE 26, 169, 170

Dieses Problem stellt sich, da die Verwendung von a.p. einen Eingriff und im Bereich der Strafverfolgung eine strafprozessuale Zwangsmaßnahme darstellt. In diesem Fall ist die Frage der Gewährung rechtlichen Gehörs stets zu prüfen [1]. Dabei ist davon auszugehen, daß der a.p. - will er erfolgreich sein - nicht vor der Begehung der Straftat den zu Provozierenden über seine Funktion aufklären kann. Nach der erfolgreichen Provokation muß der provozierte Täter aber in der Lage sein, zu diesem Vorgang Stellung zu nehmen [2]. Das gilt nicht nur für die begangene Tat, sondern auch für die Tatsache, daß er von einem a.p. verleitet worden ist. Es ist in der Rspr. und im Schrifttum anerkannt, daß es Grenzen provozierenden Verhaltens gibt, die zugunsten des provozierten Täters in Anrechnung gebracht werden müssen [3]; es kann sogar sein, was an dieser Stelle der Untersuchung noch nicht feststeht, daß der Lockspitzeleinsatz überhaupt unzulässig ist und eine Verurteilung des Täters ausschließt. Auf eine solche Verteidigung kann sich dieser allerdings nur stützen, wenn er zu irgendeinem Zeitpunkt erfährt, daß er von einem a.p. zur Tat verleitet worden ist. Es sind Fälle denkbar, in denen das nicht zutrifft: Der Täter wird beispielsweise bei der Übergabe des verlangten Rauschgifts an den a.p. gemeinsam mit diesem festgenommen; anschließend verschwindet der a.p. stillschweigend aus dem Verfahren, weil gegen ihn das Strafverfahren eingestellt wird. Solange der provozierte Täter aber nicht weiß, daß sein "Geschäftspartner" ein polizeilich gelenkter a.p. war, kann er sich nicht mit genügenden

---

1) Krüger, NJW 82, 858; dazu auch Petry, S. 54 ff
2) Dies sieht auch § 101, I StPO für den Fall der Telefonüberwachung vor; De Lazzer/Rohlf, JZ 77, 211 kritisieren zu Recht die Tatsache, daß im Fall Traube der Betroffene nicht wenigstens nachträglich über den Lauschangriff" informiert wurde; Krüger, NJW 82, 858 ff
3) S. o., S.15ff u. S. 38 ff

Erfolgsaussichten auf die Provokation berufen. Wenn die den Strafverfolgungsbehörden zurechenbare Provokation unerwähnt bleibt, wird dadurch der durch a.p. überführte Täter eines wichtigen Verteidigungseinwandes beraubt. Das Verteidigungsrecht des Angeklagten setzt voraus, daß er über die zu seiner Verurteilung führenden wesentlichen Tatsachen informiert wird [1]. Teilt man ihm nicht mit, daß seine Überführung durch einen a.p. erreicht wurde, so verletzt man diese Informationspflicht und schränkt seine Verteidigungsmöglichkeiten entscheidend ein.
Insoweit liegt m.E. eine Mißachtung des Gebotes des rechtlichen Gehörs vor, wenn dem provozierten Täter die Tatsache des Lockspitzeleinsatzes vorenthalten wird.

6.6.10 In so gelagerten Fällen kommt auch eine Verletzung der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 IV) in Betracht [2]. Sie dient dazu, ergriffene staatliche Maßnahmen zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren. Sie ist nur dann erfüllt, wenn der Einsatz des a.p. zur Sprache kommt und überprüft werden kann.

6.6.11 Hinzu können im Einzelfall weitere Grundrechtsbeeinträchtigungen treten. Ein Beispiel bietet das OLG München [3]: Hier sind Lockspitzel unbefugt in die Wohnung des Betroffenen eingedrungen. Dieses staatlich geduldete Vorgehen berührte das in Art. 13 GG geschützte Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung.

---

1) Petry, S. 55, 61 f
2) Dazu Krüger, NJW 82, 858 f
3) NJW 72, 2275

6.6.12 Zusammengefaßt berührt der Lockspitzeleinsatz bei dem von ihm Betroffenen folgende Grundrechte: Das Recht auf Achtung der Menschenwürde und der Freiheit; den Anspruch auf Schutz vor Selbstbelastung und auf ein faires Verfahren; die Beachtung der Unschuldsvermutung und des "Interesses" des Provozierten an seiner Resozialisierung; die Gewährung von Fürsorge des Staates im Rahmen des Sozialstaatsprinzips und unter besonderen Umständen die Wahrung der Privatsphäre; bei bestimmten Fallkonstellationen den Anspruch auf rechtliches Gehör und umfassenden Rechtsschutz; schließlich im Einzelfall zusätzliche Grundrechte, wie das der Unverletzlichkeit der Wohnung. Diese Grundrechte werden alle durch einen Eingriff der Polizei bzw. eine prozessuale Zwangsmaßnahme der Strafverfolgungsbehörden verletzt. Für einen solchen Eingriff ist nach allgemeiner Meinung eine Rechtsgrundlage erforderlich. Die Ausführungen des BVerfG [1] zu der Forderung nach einem Strafvollstreckungsgesetz haben allgemeine Gültigkeit, wenn es um Grundrechtseingriffe des Staates geht : "In Art. 1 Abs. 3 GG werden die Grundrechte für die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung für unmittelbar verbindlich erklärt. Dieser umfassenden Bindung der staatlichen Gewalt widerspräche es, wenn im Strafvollzug die Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden können".Dieses Erfordernis entspricht auch der Praxis des Gesetzgebers. Zu nennen wären hier das Soldatengesetz und das Wehrpflichtgesetz oder auch das "Kontaktsperregesetz" vom 30. 9. 1977. Auch im Rahmen der Tätigkeiten der Polizei sind genaue Regelungen getroffen worden in den Polizeigesetzen der Länder und bezüglich der Strafverfolgung in der StPO.

---

1) BVerfGE 33, 1, 11

6.7 Es ist nun also zu prüfen, ob eine Rechtsgrundlage für den Einsatz von a.p. vorhanden ist.

6.7.1 Sie könnte sich zunächst aus den Vorschriften der StPO ergeben.
Es wird vertreten [1], daß sich die §§ 161, 163 StPO als generalklauselartige Befugnisnormen heranziehen lassen. Nach ganz h.M. [2] stellen diese Normen jedoch nur eine Aufgabenzuweisung dar, nicht aber eine Ermächtigungsgrundlage.
Peters [3] ist der Ansicht, daß die Polizei auf dieser Grundlage "unterstützende Zwangsmaßnahmen" anwenden könne, wie beispielsweise die Festnahme eines Zeugen zur Identitätsfeststellung. Mit Recht weist Eb. Schmidt [4] darauf hin, daß eine solche Maßnahme eher den nicht in der StPO geregelten Präventivmaßnahmen zuzuordnen ist. Dies bestätigt auch der neu eingeführte § 161a StPO, der nur der Staatsanwaltschaft bezüglich des Zeugenzwanges zusätzliche Mittel zubilligte.
Selbst nach der Ansicht Peters fällt der Einsatz von a.p. wohl nicht unter die"unterstützenden Zwangsmaßnahmen", da er unmittelbar zur Überführung des Täters führen soll. Von allen in der StPO aufgeführten Zwangsmitteln (Festnahme, Durchsuchung, Beschlagnahme etc.) paßt keines auf den Einsatz von a.p.

---

1) Sieg, Strafverteidiger 81, 636 f scheint § 163 StPO als Rechtsgrundlage für den Lockspitzeleinsatz anzunehmen; weitere Nw. finden sich bei Krüger NJW 82, 857 und für den Bereich der Rasterfahndung bei Simon/Taeger, JZ 82, 142
2) Vgl. nur BGH NJW 62, 1020, 1021; Eb. Schmidt, LK II,§ 163 Rn. 5; Simon/Taeger, JZ 82, 142
3) LB, S. 393
4) LK II, § 163, Rn. 6

Nachdem der Lockspitzeleinsatz in der StPO nicht geregelt ist, kann er auch nicht, wie Sieg [1] wohl meint, zur Verfolgung bereits begangener Taten angewandt werden. Hat man genügend Anhaltspunkte dafür, daß der zu provozierende Betroffene bereits in strafrechtlich relevanter Weise tätig geworden ist, so muß man die Maßnahmen ergreifen, die die StPO vorsieht. Ein anderes Problem, auf das noch zu sprechen zu kommen sein wird, ist die Frage, ob eine außerhalb der StPO liegende Maßnahme gerechtfertigt sein könnte [2]. Mit der StPO als Rechtsgrundlage läßt sich der Lockspitzeleinsatz jedenfalls nicht begründen.

6.7.2 Es ist zu prüfen, inwieweit das allgemeine Polizeirecht die Verwendung von a.p. zuläßt. Die Polizeigesetze der Länder regeln polizeiliches Handeln zur Gefahrensabwehr und enthalten regelmäßig eine Generalklausel [3], die ermächtigt, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwenden. Voraussetzung für ein Eingreifen ist das Vorliegen einer konkreten Gefahr für den Einzelnen oder die Allgemeinheit. Der Wahrscheinlichkeitsgrad, daß die Gefahr eintritt, muß objektiv nachprüfbar sein [4].

6.7.2.1 Aus der polizeilichen Generalklausel ergibt sich, daß die Polizei zu Zwecken der Gefahrensabwehr einen a.p. einsetzen kann, denn durch seine Verwendung können z.B. Rauschgift dem Drogenhandel und Waffen dem Waffenhandel entzogen werden.

---

1) Strafverteidiger 81, 636 f
2) S. u., S. 96 ff
3) Ausnahme ist Bayern
4) Sieg, Strafverteidiger 81, 636 f m.w.N.

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, die Grenzen für einen solchen Einsatz zu präventiven Zwecken zu ziehen. Es sei an dieser Stelle nur unterstrichen, daß er wie alle polizeilichen Maßnahmen vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt sein muß. M.E. zu weit geht ein Einsatz, bei dem unverdächtige Bürger "auf gut Glück" angesprochen werden [1], da hier weder eine konkrete Gefahr vorliegt, noch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist, jeden Bürger als potentiellen Straftäter anzusehen [2].

6.7.2.2 Es fragt sich, ob eine nach dem allgemeinen Polizeirecht zur Gefahrenabwehr ergriffene Maßnahme, z. B. eine zulässige Provokation, auch in das Strafverfahren Eingang finden kann. Mit anderen Worten, kann das bei dieser Provokation erlangte Beweismaterial in den Strafprozeß eingebracht werden, auch wenn der Lockspitzeleinsatz in der StPO nicht vorgesehen ist?

Die Arbeit der Polizei ist zweigleisig; sie kann präventiv und repressiv handeln [3]. Die Präventivmaßnahmen nach dem allgemeinen Polizeirecht regeln die Gesetzgeber der Länder, die Repressivmaßnahmen grundsätzlich der des Bundes, da ihm auf dem Gebiet des Strafprozeßrechts die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zusteht, von der er Gebrauch gemacht hat [4].

Es ist umstritten [5], inwieweit der Landesgesetzgeber auch Vorschriften erlassen darf, die der Polizei im

---

1) Vgl. nur BGH NJW 81, 1626
2) BVerfGE 26, 169, 170; Ebenso Krause/Nehring, Rn. 245, S. 149; Mache, Strafverteidiger 81, 600
3) Vgl. nur Peters, LB, S. 171 f
4) Schenke, JR 70, 48 f mit Beispielen für Kompetenzerweiterungen durch Landesgesetzgeber in Fn. 1 - 8
5) Nachw. bei Seebode, MDR 70, 187,Fn.37 und MDR 76, 540 Fn. 30; Schenke, JR 70, 49 Fn.9,10

Rahmen der repressiv-polizeilichen Aufgaben Befugnisse gewähren, die die StPO nicht vorsieht. Bejaht man diese Möglichkeit, so könnte ein auf die polizeiliche Generalklausel gestützter Lockspitzeleinsatz auch als Strafverfolgungsmaßnahme rechtmäßig sein.

Für eine erweiternde Ergänzungsbefugnis wird angeführt, daß § 6, I EGStPO nur die prozessrechtlichen Vorschriften der Länder außer Kraft setze, dagegen polizeiliche Vorschriften unberührt lasse, auch wenn sie der Ermittlung und Verfolgung von Straftaten dienten [1]. Dieses Argument läßt sich allerdings mit der Systematik des Gesetzes nicht vereinbaren, denn mit dem Begriff der "prozessrechtlichen Vorschriften" können im EG wohl nur die in der StPO behandelten Bereiche gemeint sein, also auch die repressiv-polizeilichen Maßnahmen [2]. Peters [3] vertritt die Ansicht, daß Verbrechensaufklärung nicht nur repressiven, sondern auch präventiven Charakter habe. Es sei daher nicht unzulässig, wenn die Länder aufgrund ihrer Gesetzgebungskompetenz für das Polizeirecht auch solche Regelungen träfen, die der Strafverfolgung zugute käme.
Damit berücksichtigt er allerdings nicht genügend die unterschiedlichen Anforderungen von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung [4]. Es ist anzuerkennen, daß der Polizei auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr eine "rasche Handlungseffizienz"[5] zukommen muß. Sie wird

---

1) Mayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 403 f
2) Schenke, JR 70, 50; Seebode, MDR 70, 187 und 76, 540; Sydow, ZRP 77, 121; Denninger, Denninger-Lüderssen S. 306 f
3) LB, S. 171 f
4) Schenke, JR 70, 51; Seebode, MDR 70, 188
5) Dürig, MDH Art. 103, I, Rn. 94

zu diesem Zwecke auch zu Maßnahmen greifen müssen, die in der StPO nicht vorgesehen sind. Das bedeutet aber nicht, daß nach dem allgemeinen Polizeirecht zulässige Maßnahmen auch automatisch im Rahmen des Strafprozesses zulässig sind, da dessen Anforderungen strenger sind; er ist ein streng geregeltes justizförmiges Verfahren. Könnte man die durch Präventivmaßnahmen erzielten Beweise stets in den Strafprozess einführen, so wäre der ganze Katalog der in der StPO aufgeführten Zwangsmaßnahmen überflüssig und jederzeit umgehbar.
Schließlich wird für die Kompetenzerweiterung angeführt, daß die StPO die Strafverfolgungsmaßnahmen nicht abschließend geregelt habe und daß der Landesgesetzgeber ergänzende Regelungen treffen dürfe [1].
Für eine abschließende Regelung der Repressivbefugnisse in der StPO spricht aber, daß zahlreiche Befugnisse der Strafverfolgungsorgane ausführlich geregelt sind [2].
Ein Grund, warum die StPO nur einen Teil der Eingriffsmöglichkeiten regeln sollte, ist nicht ersichtlich [3].
Ein weiteres Argument ist, daß es kaum denkbar sein kann, daß die Repressivbefugnisse von Bundesland zu Bundesland bei einem einheitlichen Strafprozeß uneinheitlich geregelt sein sollten [4]. Es wäre doch bedenklich, wenn die Überführung durch Lockspitzel in Hessen aufgrund der polizeilichen Generalklausel

---

1) Schäfer, L-R, EGStPO, § 6 Rn. 1; weitere Nw. bei Sydow, ZRP 77, 122 Fn. 31 - 33
2) z. B. die körperliche Untersuchung (§ 81a ff), die Beschlagnahme (§ 94 ff) oder die Fernsprechüberwachung (§ 100 a ff)
3) Schenke, JR 70, 49
4) Denninger, Denninger/Lüderssen, S. 305; Sydow, ZRP 77, 120 f; Seebode, MDR 76, 538

zulässig sein sollte, in Bayern dagegen nicht, da es dort keine Generalklausel im Polizeirecht gibt. Hinzu kommt, daß die StPO die Befugnisse der Staatsanwaltschaft abschließend geregelt hat. Nachdem diese Herrin des Ermittlungsverfahrens ist, geht es wohl kaum an, daß die Polizei weitergehende Befugnisse über die Polizeigesetze eingeräumt bekommt, als der Staatsanwaltschaft selbst zustehen [1].

Einer Erweiterung der Kompetenzen der Strafverfolgungsorgane über das allgemeine Polizeirecht steht der Grundsatz "Bundesrecht bricht Landesrecht" (Art. 31 GG) entgegen, denn die Repressivbefugnisse sind in der StPO abschließend geregelt [2]. Jede entgegenstehende oder ergänzende Regelung der Ländergesetzgeber wäre mit der StPO unvereinbar und nichtig [3].

Dieser Auffassung ist auch das BVerfG, das in zwei Entscheidungen [4] zum Zeugnisverweigerungsrecht von Presseangehörigen, das die Pressegesetze von Hessen und Hamburg vorsahen, feststellte, daß solche zusätzlichen Zeugnisverweigerungsrechte unzulässig seien, da die StPO sie nicht vorsehe. Damit hält es eine Ergänzung der StPO durch den Landesgesetzgeber ebenso für unzulässig wie der BGH, der sich dafür aussprach, die Regelung der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen "als abschließend und ausschließlich anzusehen und die Anwendung von Landesrecht in diesem Bereich auszuschließen" [5].

---

1) Schenke, JR 70, 50; Seebode, MDR 70, 188 u. 76, 538
2) Eb. Schmidt, LK II, EGStPO § 6 Rn. 2, Denninger, Denninger/Lüderssen S. 304 f; Seebode, MDR 76, 540 m.w.N. Fn. 30
3) Seebode, MDR 70, 188 u. MDR 76, 537; Sydow, ZRP 77, 120
4) BVerGE 36, 193 und 36, 314
5) BGH NJW 62, 1020, 1021

Gefahrenabwehr und Strafverfolgung sind zwei unterschiedliche Materien, die getrennt geregelt sind und getrennt beurteilt werden müssen.
Das hat das BVerfG [1] im Falle der Aachener Suchtberatungsstelle deutlich gemacht: das einheitliche Vorgehen von Polizei und Staatsanwaltschaft bei der Durchsuchung der Räume, der Beschlagnahme der Akten und der Identitätsüberprüfung der Anwesenden wurde in zwei Bereiche aufgeteilt; einerseits eine Razzia, die es nach dem allgemeinen Polizeirecht beurteilte, und andererseits die Durchsuchung und Beschlagnahme als Maßnahmen der Strafverfolgung nach der StPO. Zu letzteren führte es aus, daß die Organe der Strafrechtspflege "auf die Inanspruchnahme der ihnen durch die Strafprozeßordnung zu Verfügung gestellten Mittel angewiesen sind" [2].

Damit steht als Ergebnis fest, daß ein nach den allgemeinen Polizeigesetzen rechtmäßiger Lockspitzeleinsatz nicht auch nach der StPO rechtmäßig ist und daß auch die mit ihm erzielten Beweise nicht unter Umgehung der StPO in das Strafverfahren eingebracht werden können.

6.7.3 Ein ähnliches Problem stellt die in der Literatur sehr umstrittene Frage dar, ob § 34 StGB Rechtsgrundlage für staatliches Handeln sein kann [3]. Nimmt man das an, so würde das dazu führen, daß der Lockspitzeleinsatz

---

1) BVerfGE 44, 353
2) BVerfGE 44, 353, 374 und ähnlich 377
3) Zu dieser Diskussion bereits in der Weimarer Republik vgl. Amelung , NJW 77, 838; Wilhelm, S. 2f, jew. m.w.N.

auch als strafprozessuale Zwangsmaßnahme rechtmäßig und damit zulässig sein könnte.
Das OLG München [1] hat diese Vorschrift als Eingriffsgrundlage für einen Lockspitzeleinsatz anerkannt, das OLG Frankfurt [2] für eine Leichenblutentnahme. Der BGH [3] ließ § 34 StGB als Rechtsgrundlage im Sinne des damals noch nicht erlassenen Kontaktsperregesetzes gelten. Die Vorschrift wurde ebenso bei der Abhöraffäre Traube [4] herangezogen, wie bei dem Abhören von Verteidigergesprächen in Stuttgart-Stammheim [5] [6].

6.7.3.1 Die Befürworter der Anwendung des § 34 StGB als Rechtsgrundlage staatlichen Handeln führen an, daß diese Vorschrift einen für die Gesamtrechtsordnung gültigen Erlaubnistatbestand enthalte, auf den sich auch die Organe des Staates berufen könnten für notwendige Eingriffe, die im Gesetz keine ausdrückliche

---

1) NJW 72, 2275 m.Anm. v. Otto, NJW 73, 668; Stückemann JR 73, 414; Amelung Schall, JuS 75, 565
2) NJW 75, 271 m. Anm. v. Geilen, JZ 75, 380; Martens, NJW 75, 1668; Blei, JA 75, 241 u. 522; Roxin, JuS 76, 505; zweifelnd zum gleichen Problem: OLG Frankfurt, NJW 77, 859
3) NJW 77, 2172 m. Anm. v. Amelung, NJW 78, 623. Vgl. auch BVerfG NJW 77, 2157 zum gleichen Fall nach Erlaß des Gesetzes
4) Dazu: De Lazzer/Rohlf, JZ 77, 207 ff; Denninger, Denninger-Lüderssen, S. 316 ff; Sydow, JuS 78, 223 i.V.m. Fn. 14
5) Dazu: Amelung, NJW 77, 833 m.w.N. in Fn. 3; Sydow, JuS 78, 223 f m.w.N. in Fn. 15; Wilhelm, S. 56
6) Vgl. auch den von Zillmer, NJW 65, 2094 geschilderten "Abhörfall"

Regelung gefunden haben [1]. Der Staat müsse auch auf ungeregelten Gebieten handeln können, "wenn und soweit dieser Eingriff nach irgendeinem der Gesamtrechtsordnung zugehörigen Rechtssatz erlaubt ist" [2]. Die Grenze liegt nach dieser Ansicht dort [3], wo der Gesetzgeber besondere Anforderungen festgelegt hat, denn speziellere Regelungen könnten nicht durch § 34 StGB "aufgestockt" werden [4].

6.7.3.2 Nach der Gegenansicht [5] kann § 34 StGB nicht Grundlage staatlichen Handelns sein, da Eingriffe stets unter dem Vorbehalt einer besonderen gesetzlichen Regelung stünden. Die Vorschrift gehöre nicht zum öffentlichen Recht im Sinne eines Sonderrechts der Verwaltung, denn jeder könne sich auf diese Vorschrift berufen. Eingriffsgrundlagen könne aber nur das Sonderrecht der Verwaltung schaffen [6]. Aus diesem Grunde käme eine direkte Anwendung von § 34 StGB auf staat-

---

1) Gössel, JuS 79, 164; im Erg. ebenso Lange, NJW 78, 785; Schwabe, NJW 77, 1906; Geilen, JZ 75, 382 f; Otto, NJW 73, 688; Roxin, JuS 76, 510; Schönke/Schröder Lenckner, § 32, Rn. 42a u. § 34, Rn. 7 Dreher/Tröndle, § 34, Rn. 24 m.w.N.; für den a.p. im Ergebnis auch Franzheim, NJW 79, 2017 ff, der den Lockspitzeleinsatz in Rauschgiftfällen aber grundsätzlich nicht für gerechtfertigt hält.
2) Gössel, JuS 79, 164
3) nicht aber Gössel, NJW 79, 165, der die Rechtfertigung befugnisloser oder contra legem vorgenommener Maßnahmen stets für möglich hält; vgl. auch ders. NJW 81, 656 u. 2217
4) Geilen, JZ 75, 382, der aber auch von einem "beginnenden Notstandsausverkauf" spricht; Otto, NJW 73, 688; differenzierend Roxin, JuS 76, 510; Schwabe, NJW 77, 1907; Schönke/Schröder Lencker § 34 Rn. 7; Dreher-Tröndle § 34 Rn. 24
5) Amelung/Schall, JuS 75, 565; Amelung, NJW 77, 833; ders NJW 78, 623; De Lazzer/Rohlf,JZ 77, 207; Kirchhof, NJW 78, 969; Krüger, NJW 82, 857; Lüderssen, Denninger/Lüderssen, S. 273 ff, 276; Sydow, JuS 78, 224; Wilhelm, S. 20 ff, 37; 39 ff, 75; 76 ff, 84; 85 ff, 124
6) Amelung, NJW 77, 833 f; a.A. Schwabe, NJW 77, 1904, widerlegt v. Amelung, NJW 78, 623; Wilhelm, S. 38 und davor

liches Handeln nicht in Betracht, sondern nur eine analoge. Der analogen Anwendung aber stünde entgegen, daß auch im eingreifenden Verwaltungshandeln eine Analogie ähnlich wie im Strafrecht nicht zulässig sei [1]. "Die Selbstbeschränkung der öffentlichen Gewalt würde ohne Sinn bleiben, wollte man sie beim Vorliegen "allgemeiner Rechtsgedanken" aufheben [2].

Dem Einwand der Gefahr für die Einheit der Rechtsordnung wird entgegengehalten, daß diese fortbestehe, da ihr Maßstab das Grundgesetz [3] sei, das selbst in Art. 20 III GG besondere Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Verwaltung und der Gerichte stelle. Mit der Einheit der Rechtsordnung sei es durchaus vereinbar, wenn einerseits der in Notwehr hoheitlich handelnde Polizist strafrechtlich gerechtfertigt sei, sein Handeln andererseits aber als Strafverfolgungsmaßnahme rechtswidrig sein könne [4][5].

6.7.3.3 Die Meinung, daß § 34 StGB keine Rechtsgrundlage für staatliches Eingriffshandeln sein kann, verdient den Vorzug. Die Funktion dieser Vorschrift beschränkt sich darauf, die zum "übergesetzlichen" Notstand entwickelten

---

1) Amelung, NJW 77, 835 ff; Wilhelm, S. 62 ff, 68
2) Wilhelm, S. 66
3) Kirchhof, NJW 78, 972; Wilhelm,S. 105 f, 119 ff, 124
4) Sydow, JuS 78, 224; im Erg. auch Kirchhof, NJW 78, 970 f; Evers, S. 112; auch das Reichsgericht differenzierte entsprechend schon 1912 zwischen der möglichen Straflosigkeit des a.p. und seiner Unzulässigkeit im Rahmen der Strafverfolgung (RG bei Kohlrausch, ZStW 33, 695);a.A. Gössel, JuS 79, 165 u. Schwabe, NJW 77, 1904 ff, 1906
5) Zur berechtigten Widerlegung der Anwendung des § 34 StGB als Rechtsgrundlage staatlichen Handelns aufgrund Gewohnheitsrechts vgl. Wilhelm, S. 76 ff; diese Begründung wird allerdings nicht vertreten, so daß sich eine weitere Auseinandersetzung erübrigt.

Rechtsgrundsätze kodifiziert zu haben [1]. Die Begründung dazu ergibt sich aus dem Zweck des Vorbehaltes des Gesetzes.
Dieser hat zunächst eine demokratische Funktion [2], denn allein die Legislative soll entscheiden, unter welchen Voraussetzungen in die Rechte des Bürgers eingegriffen werden darf [3]. Die für diese Entscheidung erforderliche Güterabwägung kann bei staatlichem Eingriffshandeln nicht im Rahmen des § 34 StGB vorgenommen werden, denn nicht die Exekutive und die Judikative hat zwischen den widerstreitenden Interessen zu entscheiden, sondern der Gesetzgeber, wenn es sich um Eingriffsvoraussetzungen handelt.
Weiterhin gehört zu dem Vorbehalt des Gesetzes, daß bestimmte Hoheitsträger zu bestimmten Eingriffen ermächtigt werden [4]. So sind in der StPO auch die Befugnisse des Richters, der Staatsanwaltschaft und der Polizei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gestaffelt. Eine solche konkrete Zuweisung enthält § 34 StGB aber nicht, so daß jeder Hoheitsträger auch für den Staat rechtmäßig jeden Bürger mit beliebigen geregelten und nicht geregelten Zwangsmaßnahmen belegen könnte, soweit ein Notstand vorliegt. Daraus folgt auch, daß sich § 34 StGB als Grundlage staatlichen Handelns mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang befindet: weder sind Eingriffe nach § 34 StGB vorhersehbar, noch sind sie hinreichend bestimmt. Im Rahmen der StPO kann der Bürger stets abschätzen, welche Maßnahmen überhaupt gegen ihn ergriffen werden

---

1) Sydow, JuS 78, 222 f
2) Amelung, NJW 77, 836
3) Amelung, NJW 77, 836; Amelung/Schall, JuS 75, 571; Wilhelm, S. 52 ff; Sydow, JuS 78, 225; BVerfGE 20, 150, 157 f
4) Amelung, NJW 77, 837; Wilhelm, S. 55 ff

dürfen; dies gilt allerdings nicht mehr, wenn der Staat sich auf § 34 StGB berufen darf. Die sonst im Gesetz beschriebenen objektiven Eingriffsvoraussetzungen werden dann durch die subjektive Einschätzung des handelnden Strafverfolgungsorgans ersetzt. So weist Roxin [1], der § 34 StGB in diesem Zusammenhang grundsätzlich anwenden will, zu Recht auf den "rational unkontrollierbaren Einschlag persönlicher Wertungen" hin. Ließe man § 34 StGB als Rechtsgrundlage staatlichen Handelns gelten, so bedeutete das, die Strafverfolgungsorgane im Notstand nach dem Motto "der Zweck heiligt die Mittel" handeln zu lassen; man würde ein übergesetzliches Notstandsrecht zulassen [2], dessen Grenzen in Einzelfallentscheidungen von Judikative und Exekutive nach freiem Ermessen gezogen werden können.
Dies aber entspricht weder unserer Rechtsordnung, noch wird es regelmäßig so gehandhabt. Vor Inkrafttreten des § 100a StPO war das Abhören von Telefongesprächen zu Zwecken der Strafverfolgung absolut verboten und jede Durchbrechung dieses Beweisverbotes wurde als unzulässig angesehen [3]. Hätte man § 34 StGB als Rechtsgrundlage anerkannt, so wäre die Schaffung des § 100 a StPO überflüssig gewesen. Man hätte auch die Legislative nicht wegen des Kontaktsperregesetzes bemühen

---

1) JuS 76, 511; vgl. auch Amelung, NJW 77, 835, 838
2) Gegen eine "Lehre vom Staatsnotstand": De Lazzer/Rohlf, JZ 77, 211 f, die von "überverfassungsmässigem Handeln" sprechen. Evers, Privatsphäre, S. 106 ff, 110; Amelung, NJW 77, 838 m.w.N. Fn. 77; ders. NJW 78, 623 spricht von einer "Ausputzer-Funktion" des § 34 StGB
3) Schäfer, L-R, Einl. 14, 43; Grünwald, JZ 66, 495; vgl. aber den von Zillmer, NJW 65, 2094 geschilderten Fall

müssen und die Auseinandersetzung um die Notstandsgesetze wäre unnötig gewesen, da der Staat sich ja gegebenenfalls auf den damals noch übergesetzlichen Notstand hätte berufen können.
Entsprechend hat auch das BVerfG [1] in seiner Entscheidung zur Rechtmäßigkeit des Anhaltens von Gefangenenpost eine besondere Rechtsgrundlage dazu verlangt: "Auch der in der Rechtsprechung und Literatur herangezogene Gesichtspunkt der Notwehr und der Nothilfe vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern, denn mit der Befugnis der Anstaltsleitung, Post zu kontrollieren, ist jedenfalls nicht ohne weiteres das Recht verbunden, zum Schutz der Ehre Dritter tätig zu werden. Die staatlichen Organe dürfen also nicht in dieser Eigenschaft ohne spezielle Ermächtigung in den grundrechtsgeschützten Raum der Bürger eindringen" [2].
Die Grenzen von allgemeinem Polizeirecht und Strafverfolgungsrecht sind unterschiedlich festgelegt. Es gibt durchaus Maßnahmen, die zwar gerechtfertigt sein mögen, deswegen aber noch nicht zulässig im Sinne der StPO sein müssen [3]. Nimmt man das Beispiel Levins [4] mit der unter Manhattan versteckten Bombe und dem rechtzeitig ergriffenen Bombenleger, so mag es gerechtfertigt sein, den Täter mit Gewalt zur Preisgabe seines Bombenversteckes zu zwingen. Trotzdem ist dieses Handeln dann als Repressivmaßnahme im Sinne der StPO unzulässig; nicht nur, weil § 136a StPO solches Vorgehen verbietet, sondern weil derartige Gewaltanwendung in der StPO nicht vorgesehen ist [5]. Falls man gegen den Bombenleger keine anderen Beweise hat, als die er-

---

1) BVerfGE 33, 1
2) BVerfGE 33, 1, 17
3) Sydow, Kritik, S. 99, 115 ff
4) Siehe oben, S.53 f
5) Sydow, Kritik S. 99; Simon/Taeger,JZ 82, 142 für die Rechtsgrundlage der Rasterfahndung

zwungene Angabe des Versteckes, wird man ihn kaum bestrafen können [1].

Das bisher Ausgeführte gilt besonders auch für den Lockspitzeleinsatz, da ein Bedürfnis zur Erweiterung staatlicher Befugnisse hier nicht besteht. Aufgrund der polizeilichen Generalklausel darf der a.p. zur Gefahrenabwehr eingesetzt werden, wenn diese Maßnahmen verhältnismäßig ist. Sind das Rauschgift oder die Waffen durch ihn aber aus dem Verkehr gezogen, so besteht keine zwingende Notwendigkeit, den provozierten Täter zu bestrafen [2]. Zu Zwecken der Strafverfolgung darf die Polizei nur auf die Mittel zurückgreifen, die die StPO ihr zur Verfügung stellt, oder auf das, was ohnehin jeder Bürger darf. Dazu gehört das Beobachten von Verdächtigen, um sie im richtigen Moment festzunehmen [3]; dazu gehört auch der Einsatz von V-Leuten, die sich allerdings passiv verhalten müssen und nicht auf die Begehung von Straftaten hinwirken dürfen; dazu gehört auch das Verfolgen von Hinweisen aus der Unterwelt [4].

Die Anerkennung der Zulässigkeit des Lockspitzeleinsatzes im Bereich der Strafverfolgung verbietet sich schließlich deswegen, weil die strafprozessualen Zwangsmaßnahmen abschließend geregelt sind [5]: "nulla coactio sine lege". "Daß unser Prozeßrecht sich zu diesem Grundsatz bekannt hat, zeigt die gesamte Struktur der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen. Die sie ermöglichenden prozessualen Vorschriften können nur richtig verstanden werden und dem Geiste unseres Strafprozessrechts entsprechend angewendet werden, wenn man in ihnen strictissime zu interpretierende Ausführungs-

---

1) So wohl Sydow, Kritik, S. 115 ff u. ders.,JuS 78, 224 f
2) Sieg, Strafverteidiger 81, 636, 638
3) Vgl. zum Vorgehen Beer, BKA Bd. 49, 208
4) Krüger, NJW 82, 857
5) Siehe auch oben S. 95 f

gesetze zu den Grundrechtsnormen der Verfassung sieht. Dabei stellen die Grundrechte der Verfassung immer die Regel, die Vorschriften der StPO über Zwangsmaßnahmen immer die Ausnahme dar" [1].
Diese Ansicht hat auch der BGH bestätigt: "Alle Untersuchungen sonstiger Art, insbesondere also auch psychologische Untersuchungen auf Zeugentauglichkeit und Glaubwürdigkeit haben keine gesetzliche Regelung gefunden und sind daher ausnahmslos unzulässig" [2].
Es geht nicht an, diesen Grundsatz "nulla coactio sine lege" aufzugeben und am Beispiel extremer Entscheidungssituationen [3], angreifbarer einzelnen Urteile [4] und zweifelhafter Abhörpraktiken [5] ein Notstandsrecht zu begründen, das die Bindung an den Vorbehalt einer speziellen Eingriffsnorm aufgibt und das Möglichkeiten zum Mißbrauch eröffnet.

6.7.4 Zusammenfassend läßt sich also sagen: Der Lockspitzeleinsatz ist unter strengster Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen präventiver Polizeiarbeit zulässig. Die Übernahme der dadurch erzielten Ergebnisse in den Strafprozess ist nicht möglich, da der Lockspitzeleinsatz in der StPO nicht vorgesehen ist und das justizförmige Strafverfahren strengere Anforderungen stellt, als das der Gefahrenabwehr dienende allgemeine Polizeirecht.

Als bisheriges Ergebnis ist festzuhalten, daß die Verwendung von a.p. zu Zwecken der Strafverfolgung mit dem Grundgesetz und der Strafprozeßordnung nicht ver-

---

1) Eb. Schmidt, NJW 62, 664 f; ders.,LK I, Rn. 99; vgl. auch Seebode/Sydow,JZ 80, 511 f; Schenke, JR 70, 50 Sydow, ZRP 77, 122
2) BGHSt 14, 21, 23 zu § 81c StPO
3) der Entführungsfall Schleyer
4) OLG München, NJW 72, 2275; OLG Frankfurt, NJW 75, 271
5) Die Abhörfälle Traube und Stammheim

einbar ist. Da für einen repressiven Lockspitzeleinsatz die Rechtsgrundlage fehlt, sind die Grundrechte des von ihm Betroffenen nicht nur berührt, sondern verletzt.

6.8 Nachdem nun feststeht, daß der Lockspitzeleinsatz im Rahmen der Strafverfolgung unzulässig ist, da er nicht ausdrücklich erlaubt ist, fragt es sich nun, welche Konsequenzen aus dieser Tatsache für die durch seinen Einsatz erlangten Beweismittel bzw. für den so überführten Täter zu ziehen sind.

6.8.1 Der Vollständigkeit halber sei hier ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch gegen den a.p. oder den Staat, der sein Vorgehen verlangte oder duldete, genannt. Diesen Weg haben zeitweise die amerikanischen Gerichte eingeschlagen [1]. Aber auch der BGH [2] hat einen Amtshaftungsanspruch bejaht, als eine Preisbehörde einen a.p. einsetzte. Die von einer Preisbehörde begangene Anstiftung oder Beihilfe sei in der Regel sittenwidrig, auch wenn sie nur der Überführung dienen solle. "Die Tätigkeit der Preisbehörde der Beklagten ist die eines agent provocateur gewesen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Kläger schon vorher den Vorsatz hatte, gegen die Preisvorschriften zu verstoßen, da auch dann die Beamten jedenfalls die Verwirklichung dieses Vorsatzes durch ihr Verhalten gefördert und damit Beihilfe zu dem Preisvergehen des Klägers geleistet haben [3]. (...) Wenn (...) die Preisbehörde, deren Aufgabe es ist, Preisverstöße zu verhindern, selbst dazu beiträgt, daß ein Preisverstoß (...) begangen wird, so handelt sie entgegen ihren Pflichten und sittenwidrig. Auch der an sich erlaubte Zweck, den Täter zu überführen, kann ein solches

---

1) Dazu Stempel, S. 22 f
2) BGHZ 8, 83
3) A.a.O., S. 87

sittenwidriges Mittel nicht heiligen. Ein sittenwidriges Verhalten ist aber (...) stets eine Amtspflichtverletzung" [1].
Man kann es nur als kurios bezeichnen, daß in der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH der Einsatz von a.p. in Grenzen zulässig sein soll, was aber nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung des BGH wieder zum Schadensersatzanspruch führen kann. Konsequent zu Ende gedacht müßte dem durch a.p. Verleiteten dann sogar ein Folgenbeseitigungsanspruch aus § 3, I StHG zustehen können. Wie aber soll sich der realisieren lassen? Für die hier zu behandelnde Lösung nach dem Strafprozeßrecht kann diese Frage auf sich beruhen.

6.8.2 Man könnte weiter daran denken, wie Sieg[2] einen persönlichen Strafausschließungsgrund für den durch a.p. überführten Angeklagten anzunehmen. Wenn ein solcher vorliegt, führt er zur Straflosigkeit des Täters. Unrecht und Schuld bleiben davon unberührt. Er wird materiellrechtlich freigesprochen, da eine wesentliche Voraussetzung zur Bestrafung fehlt [3]. In der Tat könnte man vertreten, daß der in die Straftat geführte Täter trotz Vorliegens des tatbestandlichen Unrechts und der tatbestandlichen Schuld nicht strafwürdig ist. Dies klingt, wenn der BGH letztlich auch einen anderen Weg einschlägt, in der Formulierung des BGH "ein auf den Täter beschränktes Strafverfolgungsverbot" [4] an. Unterstützt wird diese Überlegung durch die Annahme des BGH, daß der Strafanspruch des Staates

---

1) A.a.O., S. 87
2) Strafverteidiger 81, 636, 638
3) Vgl. dazu Bloy, S. 14, 16 ff, 215
4) Vgl. nur BGH Strafverteidiger 82, 151

gar nicht erst entstanden, wieder erloschen [1] oder verwirkt sein könnte [2].

Von den im StGB genannten Strafausschließungsgründen paßt allerdings keiner auf den Lockspitzeleinsatz [3]. Das verwundert auch nicht, da die Strafausschließungsgründe regelmäßig auf bestimmte Täter, Personengruppen oder Tatsituationen bezogen sind. Beim Einsatz von a.p. geht es aber um eine bestimmte unzulässige Methode, den Betroffenen zu überführen.

Einen übergesetzlichen Strafausschließungsgrund hat OGH Strafsenat [4] für den Fall von Anstaltsärzten im Dritten Reich angenommen, wenn deren Widerstand nicht ohne Leistung entfernter Tatbeiträge (sprich: Beihilfe zu Mord) möglich war. Das Gericht bezog sich dabei ausdrücklich auf die Situation des Unrechtsstaates. Auf den Täter begrenzt solle dieser übergesetzliche Strafausschließungsgrund nur gelten, wenn zur völligen Gewissheit feststehe, "daß der Täter die Tötungsaktion aus Überzeugung mißbilligt und sich ausschließlich deshalb beteiligt hat, um sie nach Kräften zu verhindern, zu stören und einzuengen"[5].

Peters [6] stimmte dieser Annahme des übergesetzlichen Strafausschließungsgrundes zu; er prophezeite der Lehre von den Strafausschließungsgründen für die Zukunft die gleiche Bedeutung, wie der Lehre von den Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründen [7].

---

1) BGH NJW 80, 1761 und NStZ 81, 70
2) BGH Strafverteidiger 81, 276
3) Ausführlich zu den einzelnen Strafausschließungsgründen s. Bloy, S. 32 ff
4) OGH MDR 1949, 370
5) OGH MDR 1949, 373
6) Peters, JR 1949, 496
7) A.a.O., S. 500

Dieser Ausblick hat sich allerdings nicht bestätigt. Die heute h.M. löst derartige Fälle, wie auch den von Peters gebrachten Fall der Planke des Karneades, über die Schuldausschließungsgründe [1]. Schon zur Zeit der Entscheidung des OGH wurde von der Kritik an dieser Rspr. die Anwendung eines Schuldausschließungsgrundes befürwortet [2].
Nach heute allgemeiner Meinung ist die Anerkennung eines übergesetzlichen Strafausschließungsgrundes abzulehnen [3]. Es soll sich immer nur um gesetzlich normierte zusätzliche Voraussetzungen der Strafbarkeit handeln[4].
Es muß wohl auch dem Gesetzgeber überlassen bleiben, bei welchen Tätern, Personengruppen oder Tatsituationen er einen Strafausschließungsgrund gewähren will. Einen übergesetzlichen Strafausschließungsgrund für den durch Lockspitzel überführten Täter muß man im Ergebnis also ablehnen.

6.8.3 Es fragt sich weiter, ob der vom BGH eingeschlagene Weg eines von Amts wegen zu beachtenden Verfahrenshindernisses gangbar ist [5].
Der Begriff des Verfahrenshindernisses findet sich in der StPO in §§ 206a und 260 III, ohne daß darin eine nähere Definition gegeben wird. Trotzdem enthält die StPO aber doch zahlreiche Verfahrenshindernisse oder, mit diesen in umgekehrtem Sinne gleichbedeutend, Verfahrensvoraussetzungen [6]. Von ihrem Vorliegen oder

---

1) Bloy, S. 213 m.w.N.
2) Maurach, AT, S. 411 m.w.N.
3) Maurach, AT, S. 421
4) Baumann, AT, S. 481
5) Diesen Weg hat ebenso der 5. Strafverteidigertag 1981 in Berlin vorgeschlagen (s.o., S. 43); Mache, Strafverteidiger 81, 601 und Sieg, Strafverteidiger 81, 638, der darüberhinaus einen Strafausschließungsgrund annimmt
6) Übersicht bei Kleinknecht, StPO, Einl. Rn. 144 ff

Nichtvorliegen hängt es ab, ob ein Verfahren überhaupt durchgeführt werden kann oder ob es einzustellen ist. Aus der großen Zahl dieser auch als Prozeßvoraussetzungen bezeichneten Bedingungen besagt allerdings keine, daß das Verfahren einzustellen sei, wenn der Angeklagte durch a.p. überführt wurde.
Es fragt sich also wieder, ob ein übergesetzliches Prozeßhindernis angenommen werden kann, ein Prozeßhindernis, das bei arglistigem Verhalten des Staates eingreift. Der BGH scheint in diese Richtung zu tendieren, denn er erwähnte dieses Verfahrenshindernis auch in einem Fall, der nichts mit den besprochenen Lockspitzelfällen zu tun hatte [1]. Dem steht nicht die Ansicht Schäfers[2] entgegen, daß wechselnde Umstände, die Gegenstand wertender Betrachtung seien, wie z. B. überlange Verfahrensdauer, nicht Verfahrenshindernisse sein könnten. Nach der hier vertretenen Auffassung ist bei dem Einsatz von a.p. nichts zu werten, denn er ist unzulässig, da er nicht erlaubt ist. Ist der Täter durch die aktive Tätigkeit eines a.p. zur Tat herausgefordert worden, so könnte aus diesem Grund ein Verfahrenshindernis bestehen. Auf die Intensität der Einwirkung, die Geneigtheit des Täters oder beides zusammen kommt es nicht an.
Auch mit der Definition, die der BGH dem Verfahrenshindernis gegeben hat, ließe sich das vereinbaren: "Als Verfahrenshindernisse ... kommen nur Umstände in Betracht, die nach dem ausdrücklich bekundeten oder aus dem Zusammenhang ersichtlichen Willen des Gesetzes für das Strafverfahren so schwer wiegen, daß von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit

---

1) BGH NJW 82, 1238 f; ähnlich auch OLG Frankfurt, FAZ v. 14. 9. 82
2) Schäfer, L-R, Einl. 11, Rn. 7

des Verfahrens im ganzen abhängig gemacht werden muß" [1].
Aus dem Zusammenhang des Gesetzes ergibt sich, daß § 136a StPO die Herbeiführung einer Selbstbelastung unter Zwang oder Täuschung untersagt; die schwerwiegende Bedeutung dieser Vorschrift ist evident.
Gegen die Einordnung des unzulässigen Lockspitzeleinsatzes als Verfahrenshindernis spricht allerdings, daß ein Verfahrenshindernis "Überführung durch Lockspitzel" nicht in das System der Verfahrenshindernisse paßt. Umfaßt sind prozessuale Voraussetzungen wie deutsche Gerichtsbarkeit, Zuständigkeit, Rechtskraft, Klageerhebung oder Eröffnungsbeschluß etc., aber nicht bestimmte Beweiserhebungsmethoden. Hierfür gibt es ein spezielleres Institut, nämlich die Beweisverbote[2].
Zu diesen zählt gerade auch § 136 a StPO. Es wäre systemwidrig, wollte man für bestimmte Methoden der Beweiserhebung ein Verfahrenshindernis annehmen, während man bei anderen Methoden ein Beweiserhebungsverbot eingreifen lassen wollte. Zwischen der Täuschung bei der Vernehmung und der Täuschung durch den a.p. vor der Tatbegehung besteht kein Unterschied, der eine abweichende Bewertung als Verfahrenshindernis oder als Beweisverbot rechtfertigen könnte.
Aus diesem Grunde kann der Einordnung nicht gefolgt werden, die ein Verfahrenshindernis beim unzulässigen Lockspitzeleinsatz annimmt.

6.8.4 Der polizeiliche Lockspitzeleinsatz könnte zu einem Beweisverbot führen.

---

1) BGHSt 15, 187, 190
2) Auf den unterschiedlichen Rechtscharakter von Verfahrenshindernis und Beweishindernis weist zu Recht Kleinknecht, NJW 66, 1544 f, hin

Die Lehre von den Beweisverboten wurde zwar schon vor rund 80 Jahren von Beling [1] begründet und war Gegenstand eines Deutschen Juristentages [2], ist aber - trotz der umfangreichen Literatur dazu [3] - bis heute noch in der Entwicklung begriffen [4]. Einigkeit besteht insoweit, daß der Zweck der Beweisverbote darin liegt, den Umfang der Wahrheitsforschung im Strafverfahren einzuschränken [5]. Zwar ist die Erforschung der Wahrheit eine wesentliche Aufgabe des Strafprozesses, "es ist aber kein Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte" [6].

Beling ging bei seiner Begründung der Beweisverbotslehre noch davon aus, daß zur Ermittlung der Wahrheit jedes Mittel erlaubt sei, soweit das Gesetz es nicht verbietet [7]. "Deshalb darf im Prinzip der Strafjustizbeamte ad detegendam veritatis rücksichtslos mit der Fackel hineinleuchten in das finstere Dunkel (...) alle Beweismittel sind ihm Recht und jede Art ihrer Verwertung" [8].

---

1) Beling in seiner Tübinger Antrittsvorlesung 1902
2) 46. DJT (1966); Überblick über die vorbereitende Literatur, die Gutachten und Referate bei Sydow, Kritik, S. 2,Fn. 1-3
3) Vgl. die Übersicht bei Schäfer, L-R, Einl. 14, 1 Fn. 1
4) Einen Überblick über den Meinungsstand gibt Rogall, ZStW 91, 1 ff; grundsätzliche Bedenken gegen die Berechtigung einer eigenständigen Beweisverbotslehre äußert Sydow, Kritik an der Lehre der "Beweisverbote"; den gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten kritisiert Gössel, NJW 81, 649 ff und entwickelt dazu einen neuen Ansatz in NJW 81, 2217ff.
5) Henkel, S. 267 f; Schäfer, L-R,Einl. 14, 1 f; Gössel, NJW 81, 649 u. 2217 m.w.N.; Peters, LB,S. 279
6) BGHSt 14, 358, 365; auch BVerfG NJW 74, 179, 181
7) Beling, S. 3
8) Beling, S. 2

Kleinknecht [1] betont den Ausnahmecharakter der Beweisverbote, wogegen die heute wohl h.M. [2] den den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung stehenden Aufklärungsbereich als "schon in seinem Kern beschränkt"[3] ansieht. Dies entspricht der Umkehrung des Ansatzes von Beling, denn die Ausnahme ist heute, wenn man es deutlich formulieren will, die Befugnis des Staates, in einer bestimmten Weise eingreifend tätig zu werden [4]. Die Strafverfolgungsbehörden bekommen bestimmte Mittel in die Hand, deren sie sich bedienen können. Was darüber hinausgeht, fällt unter den Vorbehalt des Gesetzes und ist, wenn keine Ermächtigungsgrundlage vorliegt, unzulässig [5].

Im Rahmen der Beweisverbote unterscheidet man Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote [6]. Aus der Unterteilung der Beweiserhebungsverbote [7] kommt für den Lockspitzeleinsatz ein Beweismethodenverbot in Betracht, da es sich hierbei um eine bestimmte Methode der Beweisbeschaffung handelt [8].

---

1) StPO, Einl. 51, 53; ders.,NJW 66, 1539; ebenso Dencker, S. 90 und Berz, JuS 82, 419
2) Rogall, ZStW 91, 5 f; Schäfer, L-R,Einl. 14, 2 m.w.N.
3) Jeschek, DJT Gutachten,S. 4 m.w.N.
4) Petry, S. 21 f
5) Vgl. oben S. 59 ff
6) Gössel, NJW 81, 650; Paulus, KMR 7. Aufl.,§ 244,Rn. 486 ff, 490 ff; Rogall, ZStW 91, 2 f
7) Beweismittel-, Beweisthema- und Beweismethodenverbote; dazu Schäfer, L-R,Einl. 14, 3 ff;
8) Vgl. dazu Henkel, S. 268 f, Peters,LB,S. 279, Seiler, Peters-Festschrift, S. 461 f, behandelt den a.p. im Rahmen der Beweismethodenverbote; Rogall, der Beschuldigte, S. 198, nimmt für den Fall der Selbstbelastung zusätzlich ein Beweismittelverbot an; Petry, S. 24, 125 f, spricht außerhalb der Hauptverhandlung von "Ermittlungsverboten", die erst zu Beweisverboten würden, wenn sie sich bis zur Hauptverhandlung "durchfressen".

6.8.4.1 Lüderssen [1] hat versucht für den Fall der Verwendung von a.p. ein Beweiserhebungsverbot aus § 136a StPO herzuleiten, indem er unter Berufung auf Eb. Schmidt [2] die weit über ihre systematische Stellung im Gesetz hinausgehende Bedeutung dieser Vorschrift betonte. Diesem Ansatz hat Berz [3] mit Recht entgegengehalten, daß nach heute ganz allgemeiner Ansicht § 136a StPO auf die Vernehmung von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen beschränkt sei [4] und für die Beschaffung von Beweismitteln auf andere Art als durch Vernehmung keine Anwendung fände [5]. Darüberhinaus wird der a.p. auch häufig gegen unverdächtige Personen eingesetzt. Beschuldigter ist aber nur eine Person, die einer Straftat verdächtigt ist, unabhängig davon, ob ein Ermittlungsverfahren bereits eingeleitet wurde [6]. Solange jedenfalls kein Verdacht vorliegt, kann der vom Lockspitzeleinsatz Betroffene noch kein Beschuldigter im Sinne des § 136a StPO sein. Damit ist der Weg über ein Beweisverbot aus § 136a StPO nicht gangbar.

Berz [7] und Franzheim [8] befürworten dagegen ein verfassungsrechtliches Beweisverbot, das sich aus den durch den Lockspitzeleinsatz verletzten Grundrechten ergeben soll. Die Existenz solcher Beweisverbote un-

---

1) Peters-Festschrift, S. 361 ff; Mache, S. 600, für den Fall, daß der a.p. Zwang ausübt; vgl. die oben S.43f zitierten Kommentarstellen; Stempel, S. 113, 115 ff für eine analoge Anwendung des § 136 a
2) LK II, § 136 a StPO, Rn. 5
3) JuS 82, 417 f
4) Nachw. bei Berz, a.a.O., S. 418, Fn. 26; Boujong, Karlsruher Komm. § 136a, Rn. 6; BGHSt 24, 125, 129
5) Berz, a.a.O. m.w.N. in Fn. 27; Feldmann, NJW 59, 855
6) Pelchen, Karlsruher Komm. § 81b, Rn. 2 m.w.N.
7) JuS 82, 418 f
8) NJW 79, 2015

mittelbar aus der Verfassung ist in Literatur [1] und Rechtsprechung [2] anerkannt.
Allerdings setzt ein solches Beweisverbot auf Grund der durch den a.p. verletzten Rechte zu spät an, denn die Verwendung von Lockspitzeln ist nicht dann erst unzulässig, wenn bereits Grundrechte verletzt wurden. Es geht vielmehr um die Methode als Ganzes, es fragt sich, ob die Polizei auch nur versuchsweise zu Zwecken der Strafverfolgung Lockspitzel einsetzen darf.

6.8.4.2 Vor allem Sydow [3] hat deutlich gemacht, daß die Strafverfolgungsbehörden für jegliches Eingriffshandeln einer Rechtsgrundlage bedürfen. Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes bleibt es allein dem Gesetzgeber überlassen, Eingriffsvoraussetzungen in die Individualrechte zu schaffen. Er allein hat die Voraussetzungen zu bestimmen, wann in die Rechte des Einzelnen eingegriffen werden darf [4]. Solange eine Eingriffsgrundlage nicht gegeben ist, ist die aus der Gesetzlosigkeit folgende Rechtswidrigkeit einer Eingriffsmaßnahme nicht zu beheben. Da der Lockspitzeleinsatz gesetzlich nicht vorgesehen ist, ergibt sich automatisch seine Unzulässigkeit, da es sich

---

1) Grünwald, JZ 66, 496 ff; Rogall, ZStW 91, 4, 11, 22 m.w.
2) BGHSt 14, 358 ff; 19, 325 ff; BVerfG NStZ 81, 446
3) Kritik, S. 5 ff, 11 f, 40 ff, 88 ff, 120; vgl. die Nachw. oben S. 60 Fn. 1
4) Vgl. Rogall, ZStW 91, 1ff, 10; allerdings läßt er auch im Rahmen der Beweisverbote eine Abwägung durch die Gerichte zu, ohne in diesem Zusammenhang den Fall des Fehlens einer Rechtsgrundlage zu behandeln (a.a.O. S. 11). S. 6 führt er nur aus, daß das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage nur einer der denkbaren Fälle sei, in denen die Pflicht und die Möglichkeit der Wahrheitsfindung eingeschränkt ist.

um eine in die Grundrechte des Betroffenen eingreifende strafprozessuale Zwangsmaßnahme handelt. Es liegt also ein Beweismethodenverbot vor, das sich unmittelbar aus dem Vorbehalt des Gesetzes ableitet, gegen den mit dem Lockspitzeleinsatz verstoßen wird [1].

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht Sydows [2], daß es eines besonderen Beweisverbotes nicht bedürfe, wenn sich eine bestimmt Eingriffstätigkeit der Strafverfolgungsorgane mangels Rechtsgrundlage verbietet. Nach seiner Ansicht müßte ein Urteil, das auf einem Verfahrensfehler wegen unzulässiger Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden beruht, ohne Feststellung eines Beweisverbotes ohnehin in der Revisionsinstanz aufgehoben werden [3]. Die Beweisverbote gelten aber nicht nur in der Hauptverhandlung und in den Rechtsmittelinstanzen, sondern im gesamten Strafverfahren; sie betreffen nicht nur den Richter, sondern alle Strafverfolgungsorgane, wie sich aus §§ 136a III StPO ersehen läßt [4]. Gerade beim Lockspitzeleinsatz geht es um eine der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung nicht erlaubte Maßnahme.

Das Verbot, Beweise mittels a.p. zu versuchen zu erlangen, richtet sich zunächst gegen die Polizei und Staatsanwaltschaft, verpflichtet aber im Hauptverfahren

---

1) So Gössel, NJW 81, 2217 grundsätzlich für den Fall einer Überschreitung der in § 100a StPO gezogenen Grenzen
2) Kritik,S.38,70 ff, 122
3) Die Beweisverbote als Revisionsproblem behandeln außer Sydow:Schünemann, MDR 69, 101 ff; Haffke, GA 1973, 65ff, Schöneborn, GA 1975, 35 ff
4) Dencker, S. 14 ff, 19 m.w.N. in Fn. 21; Gössel, NJW 81, 657; Rogall, ZStW 91, 7 f; Paulus, KMR § 244, Rn. 501 f

auch die Gerichte, die durch Lockspitzel erlangten Beweise als durch unzulässige Methoden erlangt anzusehen [1] und gegebenenfalls nicht zu verwerten.

6.8.4.3 Nachdem das Vorliegen eines Beweisermittlungsverbotes bejaht wurde, ist nun zu prüfen, ob dieses auch zu einem Beweisverwertungsverbot führt.
Ein Teil der Literatur [2] geht davon aus, daß jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot automatisch ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. Die ganz h.M. [3] allerdings nimmt das nicht an, sondern fordert, daß zu dem Beweiserhebungsverbot noch zusätzliche Kriterien hinzutreten müßten, die dann zur Unverwertbarkeit des Beweises führen könnten. Dies erscheint auch gerechtfertigt, da sich bei den Beweisverboten auch solche Vorschriften befinden, deren Nichtbeachtung in der Tat nicht unbedingt zu einem Verwertungsverbot führen muß [4].

---

1) Zu einem Beweisverbot gelangt man auch mit den von Gössel (NJW 81, 2217ff) entwickelten Kriterien der Natur der Sache, Normwortlaut und Gesetzessystematik. Da eine Rechtsgrundlage fehlt (a.A. Gössel, S. 2218, der § 34 StGB als Rechtsgrundlage akzeptiert), liegt ein verfassungsrechtliches Beweisverbot vor, da der Gesetzesvorbehalt nicht beachtet wurde.
2) Sydow, Kritik S. 71 f, 96 ff; Spendel, NJW 66, 1108; Feldmann, NJW 59, 856; Henkel, S. 270; Beling, S. 30 f; Dencker, S. 80; für die Verletzung von Grundrechten: Lüderssen, Peters-Festschrift S. 367; Vgl. auch § 136a StPO und 49 BZRG
3) Rogall, ZStW 91, 23; Roxin, Strafverfahrensrecht § 24 D III; Berz, JuS 82, 418; Schäfer, L-R, Einl. 14, 13; vgl. auch die von Peters getroffene Aufteilung in Beweisverfolgungs- und Beweisverfahrensverbote, LB, S. 279f und DJT Gutachten, S. 95 ff
4) so z. B. 54 StPO; str., Nw. bei Roxin, StrafverfahrensR § 24D III 2 b

6.8.4.3.1 Zur Abgrenzung von verwertbarem und unverwertbarem Beweismaterial, das auf unzulässige Weise gewonnen wurde, sind zahlreiche Theorien entwickelt worden. Rogall [1] bezeichnet dieses Gebiet als "hoffnungslos umstritten und bis heute ungelöstes Problem".

Zu nennen ist hier zunächst die Rechtskreistheorie des BGH [2], die ein Verwertungsverbot dann annimmt, wenn die Verletzung einer die Beweiserhebung regelnden Norm den Rechtskreis des Beschwerdeführers berührt. Lüderssen [3] hat die Rechtskreisberührung bei einem durch Lockspitzel zur Tat provozierten Täter bejaht, da die Grundrechte im Strafverfahren die Funktion hätten, den Beschuldigten zu schützen. Letztendlich kann diese Frage aber dahingestellt bleiben, da der BGH selbst nach der heftigen Kritik in der Literatur [4] diese Theorie nicht mehr anwendet [5][6].

Eine andere Ansicht [7] stellt darauf ab, ob der verbotene Eingriff so schwer war, daß er eine Verwertung der so gewonnenen Beweismittel verbiete.

---

1) ZStW 91, 23
2) BGHSt 11, 213, 215
3) Peters-Festschrift, S. 367; ders. Denninger/ Lüderssen, S. 281
4) Nachw. bei Rogall, ZStW 91, S. 26, Fn. 141; Dencker S. 28ff; Sydow,Kritik, S. 44ff; Rudolphi, MDR 70, 94f
5) BGHSt 19, 325, 329ff; 25, 325ff; vgl. Rspr.Übers. bei Gössel, NJW 81, 652ff; vgl. weiter alle in dieser Arbeit behandelten Entscheidungen des BGH zum a.p., allerdings unter dem Gesichtspunkt Verfahrenshindernis
6) Rogall, ZStW 91, 26: "Sie wird in Zukunft keine Rolle mehr spielen"; vgl. Berz, JuS 82, 420
7) Peters, Gutachten DJT, S. 95ff, 146ff und LB, S. 279f Müller, KMR vor § 94,Rn. 6a i.d. 6. Aufl.; heute hält Paulus, KMR 7. Aufl.,§ 244, Rn.506 dieses Kriterium für ungeeignet, da ein verbindlicher Maßstab fehle. Vgl. auch Grünwald, JZ 66, 491 und Rogall, ZStW 91, 23 m.w.N.

Dieser Theorie ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz selbst dieses Kriterium nicht anwendet, denn in § 136a StPO führen die dort aufgeführten Methoden zu einem Verwertungsverbot, ohne daß es auf die Schwere des Eingriffs ankommt [1].

Die Lehre von den doppelfunktionellen Prozeßhandlungen [2] geht davon aus, daß nur ein solcher Beweis unverwertbar ist, der unter Verstoß gegen prozeßrechtliche Vorschriften erlangt wurde. Diese Abgrenzung verkennt die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Beweisverbote [3] und ist daher vom Ergebnis her zur Abgrenzung ebenfalls nicht geeignet [4].

Ein anderer Versuch geht dahin, auf den Schutzzweck der verletzten Beweiserhebungsnorm abzustellen [5]. Rogall [6] hat zu Recht und mit zahlreichen Beispielen belegt nachgewiesen, daß diese Lehre ebenfalls zur Abgrenzung nicht geeignet ist, da keine Einigkeit über den jeweiligen Schutzzweck der Beweiserhebungsverbote besteht. Auf seine Ausführungen kann hier verwiesen werden.

---

1) Rogall, ZStW 91, S. 24; dazu Grünwald, JZ 66, 491
2) Niese, S. 135ff; Schmidt, LK II, § 94 Rn. 14; Petry S. 28ff, der diese Lehre mit der Abwägungslehre verbindet.
3) Vgl. nur BVerfG 34, 238ff; 44, 353ff
4) Rogall, ZStW 91, S. 25; zur Kritik an dieser Ansicht weiter Dencker, S. 21ff; Lüderssen, Peters-Festschrift,S. 359f; Sendler, S. 68ff; Paulus, KMR 7. Aufl. § 244,Rn. 507
5) Petry, S. 28ff i.V.m. der Lehre der doppelfunktionellen Prozeßhandlungen; Rudolphi, MDR 70, 98ff; Grünwald, JZ 492ff
6) ZStW 91, 26ff

6.8.4.3.2 Schließlich grenzt die inzwischen wohl h.M. [1] nach der Abwägungslehre ab, indem sie das Strafverfolgungsinteresse den Individualinteressen des von der Maßnahme betroffenen Bürger gegenüberstellt und abwägt. Ihr Ausgangspunkt ist, daß das Rechtsstaatsprinzip nicht nur den Schutz der Individualrechtsgüter garantieren soll, sondern ebenso eine wirksame, "funktionstüchtige" [2], Strafrechtspflege [3]. Dieser Lehre wird mit dem Hinweis widersprochen, daß die Effektivität der Strafrechtspflege insbesondere dann gefährdet sei, wenn die Grundrechte des Einzelnen zu extensiv in das Strafverfahren eingebracht werden könnten [4]. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Grundrechte zwingendes Recht sind, das alle staatliche Gewalt bindet, also auch die Strafverfolgungsbehörden. Sie müßen also auch in das Strafverfahren Eingang finden und sachgerecht gegen das Strafverfolgungsinteresse abgewogen werden können [5]. Ein anderer Einwand geht dahin, daß es nicht Aufgabe des Richters, sondern des Gesetzgebers sei, Beweisverbote aus dem Grundgesetz zu schöpfen [6]. Dem wurde zutreffend entgegengehalten, daß es gerade die Aufgabe

---

1) BVerfGE 34, 238; 44, 353; Vgl. die BGH Entscheidungen oben S. 117 Fn. 5; weitere Rspr. bei Gössel, NJW 81, 652ff und Paulus, KMR, § 244, Rn. 512ff; Schäfer, L-R, Einl. 14, 10, 13, 23ff, 28f; Roxin, StrafverfahrensR, § 24 D III 2; Lüderssen, Peters-Festschrift S. 367ff; für a.p. aufgegeben in Denninger/Lüderssen S. 276; Rogall, ZStW 91, 31ff; Hassemer, Strafverteidiger 82, 275 ff

2) Kritisch dazu Hassemer, Strafverteidiger 82, 275ff; Hassemer ist zwar nicht grundsätzlich gegen eine Abwägung, allerdings hält er den Begriff "Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege" für zu weitgehend, da er mit seinem Inhalt den Individualrechten keine Chance lasse.

3) Nachw. bei Leibholz/Rinck Art. 20, Anm. 27

4) Nachweise bei Rogall, der Beschuldigte, S. 203, Fn. 63

5) Rogall, ZStW 91, 32; ders., der Beschuldigte, S.198, 203

6) Rupp, DJT Gutachten, S. 205 ff

des Richters ist, den Grundrechten im Verfahren zur Geltung zu verhelfen, wenn entsprechende gesetzliche Regelungen nicht bestehen. Das wirksamste Mittel dazu ist das Beweisverwertungsverbot, wenn die Beweiserhebung den Angeklagten in unzulässiger Weise in seinen Grundrechten verletzt hat [1].

Es fragt sich also, zu welchem Ergebnis die Güterabwägung beim Lockspitzeleinsatz führt.

Berz [2] kommt dabei zu dem Ergebnis, daß eine Verwendung von a.p. im Rahmen der Bekämpfung von Schwerkriminalität zulässig sein könnte; als Maßstab für diese Verbrechen möchte er § 100a StPO heranziehen [3]. Allerdings sei auch in diesen Fällen unabdingbare Voraussetzung, daß ein konkreter Tatverdacht vor der Provokation bestand.

Diesem Ergebnis kann jedoch nicht gefolgt werden. Dem Strafverfolgungsinteresse steht nicht nur gegenüber, daß der Lockspitzeleinsatz zahlreiche Grundrechte des Betroffenen verletzt [4], sondern daß diesem auch noch eine Strafe droht, die gerade im Fall von Rauschgiftdelikten eine hohe Freiheitsstrafe sein kann. Die verletzten Grundrechte haben sicherlich eine unterschiedliche Gewichtung; ein Verstoß gegen das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung wird weniger schwer wiegen, als ein Verstoß gegen den Schutz vor Selbstbelastung. Fest steht, daß eine ganze Reihe von Grundrechten durch den Lockspitzeleinsatz stets verletzt wird, andere nur bei bestimmten Fallkonstellationen. Letztere können bei der Abwägung außer Betracht bleiben, wenn schon die stets verletzten Grundrechte zu einem Beweisverwertungs-

---

1) Rogall, der Beschuldigte,S. 203 m.w.N. Fn. 67f; ders. ZStW 91, 32f m.w.N.; Lüderssen, Peters-Festschrift, S. 368ff
2) JuS 82, 420 f
3) So schon Rogall, ZStW 91, 34 unter Hinweis auf BVerfGE 34, 238, 250
4) Vgl. die Zusammenfassung oben S.89

verbot führen müßen. Gleiches gilt,wenn von den stets verletzten Grundrechten eines von solchem Gewicht ist, daß es zu einem Verwertungsverbot in allen Fällen führen muß.
Hier sind in erster Linie die Verletzungen von Art. 1,I GG relevant. Zu diesen zählen die Mißachtung der Menschenwürde, indem man den provozierten Täter zum Objekt staatlichen Handeln macht, die Verleitung zur Selbstbelastung, die Gefährdung der Resozialisierung und u. U. die Verletzung der Privatsphäre [1].
Art. 1 GG stellt das "oberste Konstitutionsprinzip" unserer Rechtsordnung dar [2]. Eine Abwägung der Strafverfolgungsinteressen dem Individualinteresse an der Achtung der Menschenwürde gegenüber muß immer zu Lasten des Strafverfolgungsinteresses ausfallen, muß stets zu einem Verwertungsverbot führen [3]. Ein Fall, bei dem die Menschenwürde hinter der effizienten Strafverfolgung zurücktreten muß, ist in unserem Rechtsstaat nicht denkbar. Selbst ein Schwerverbrecher hat Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde und entsprechend sind die Vorschriften für das Strafverfahren auch ausgestaltet. Es ist allerdings nicht nur Aufgabe des Staates, Grundrechte zu achten, er muß ihnen auch zur Durchsetzung verhelfen. "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt". Der wirksamste Schutz aber, den der Staat geben kann, ist ein Verwertungsverbot für die unter Mißachtung des Art. 1, I GG erlangten Beweismittel [4].

---

1) Wenn die Intimsphäre des provozierten Täters verletzt wurde, z.B. AG Heidenheim NJW 81, 1626, BVerfGE 34, 238 ff
2) Dürig, M-D-H,Art. 1 Rn. 4, 14
3) Beling, S. 37; Dencker, S.90 für alle Verletzungen von Individualrechten; Sendler, S. 66 ff, 77; Osmer, S. 18; Spendel, NJW 66, 1106, Rogall, der Beschuldigte,S. 205 f; ders. ZStW 91, 22, 36
4) Sendler, S. 77 ff; Rogall, der Beschuldigte,S. 205 f

Da damit feststeht, daß die durch den a.p. erlangten Beweismittel stets unverwertbar sind [1], erübrigt sich eine weitere Prüfung, ob die Verletzung der weiteren Grundrechte zu gleichen oder anderen Ergebnissen führt [2].

Das hier erzielte Ergebnis wird auch durch einen Vergleich mit § 136a StPO bestätigt, nach dem Aussagen, die durch Beeinträchtigung der Willensentschließung und der Willensbetätigung erreicht wurden, nicht verwertet werden dürfen, nicht einmal mit Einwilligung des Betroffenen. Dieser Fall ist, wie bereits ausführlich dargelegt [3], mit dem Lockspitzeleinsatz vergleichbar und die in der Vorschrift enthaltenen Grundsätze können und müssen für die Beurteilung der Tätigkeit des a.p. mit herangezogen werden. Der Lockspitzeleinsatz geht sogar in seiner Tragweite noch über § 136a StPO hinaus, da der Täter nicht nur aussagen, sondern die Tat unter den Augen der Strafverfolgungsorgane begehen soll. Der Lockspitzeleinsatz verbietet sich aus ähnlichen Gründen, wie sich die in § 136a StPO genannten Methoden verbieten [4]: Die Verwendung des a.p. verletzt die Menschenwürde des so überführten Täters, da er bloßes Objekt der Strafverfolgungsorgane ist. Seine Subjektstellung im Verfahren ist hinfällig, da er seiner wich-

---

1) Auch Gössels neue Kriterien (NJW 81, 2217 ff, vgl. oben S.116 Fn. 1)führen zu diesem Ergebnis; zur Ermittlung des Beweisverwertungsverbotes zieht er zusätzlich die "Kriminalpolitik" heran; aber auch kriminalpolitische Ziele haben hinter Art. 1, I GG zurückzubleiben.

2) Ein Verstoß gegen das Gebot des "fair trial" kann ebenso zu einem Beweisverbot führen: Nachw. bei Rogall, ZStW 91, 23, Fn. 116 f und ders., der Beschuldigte, S. 137ff; Schäfer, L-R, Einl. 6, Rn. 16ff; gleiches gilt für einen eventuellen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: BVerfGE 44, 353; Leipholz/Rinck, Art. 20, Rn. 39

3) S. o., S. 68 ff

4) Vgl. dazu Schäfer, L-R, Einl. 14, Rn. 49

tigsten Verteidigungsmittel beraubt wird [1]. Eine Gefahr für das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens besteht stets, weil der Staat selbst die Tat, die er nun bestrafen will, ausgelöst hat [2]. Schließlich ist auch die Feststellung der Wahrheit in einem solchen Verfahren gefährdet, da nicht gesagt ist, ob der Täter ohne Provokation die Tat auch wirklich begangen hätte [3]. Bei Unverdächtigen und nicht Vorbestraften kann man davon ausgehen, daß dem nicht so ist.

6.8.4.4 Damit steht allerdings erst fest, daß die unmittelbar durch den Lockspitzeleinsatz gewonnenen Beweise nicht gegen den provozierten Täter verwendet werden können. Wie soll es sein, wenn ein unbeteiligter Zeuge die Tat beobachtet hat und aussagen will, wie, wenn der überführte Täter Beweise für andere Straftaten in der Tasche hat? Hat das Beweisverbot Fernwirkung [4]?

Im amerikanischen Recht gilt für die Beweisverbote die "fruit of the poisenous tree doctrin" [5], die die Verwertung von Beweismitteln, die mittelbar durch ein unerlaubtes Verfahren erreicht wurden, verbietet, da sich auf sie auch die Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Beweisaufnahme erstrecke.
Im deutschen Schrifttum gehen die Meinungen dazu weit auseinander. Es gibt grundsätzliche Gegner[6] und

---

1) oben, S. 65 u. S. 74
2) oben, S. 75 ff
3) oben, S. 77 f
4) Für den Lockspitzeleinsatz verneint das Sieg, S.638 und bejaht das Franzheim, NJW 79, 2015
5) Silverthorne Lumber Co.v.US, 251 US 385 (1919) Müller, DJT Gutachten,S. 37ff; Jeschek, DJT Gutschten, S. 14ff; Schäfer, L-R,Einl. 14, 41
6) Baumann, GA 1959, 33ff; ders. DJT F, 108ff; Müller, KMR 6. Aufl. § 136a,Anm. 4a; Sax, KMR 6. Aufl., Vorbem.2a(II)(4) vor § 48; Kleinknecht, StPO,Einl.,Rn. 63; ders.,NJW 66, 1544; Schäfer, L-R,Einl. 14, 43; Mayer, L-R,§ 136a Rn. 51 f ;Petry, S. 126f; Eb. Schmidt, LK II,§ 136a,Anm. 23; Weitere Nachweise bei Osmer, S. 33,Fn. 58; Sydow, Kritik, S. 76 Fn. 1; Sendler, S. 40, Fn. 3

Befürworter [1] der Fernwirkung und vermittelnde Ansichten [2]. Die Rechtsprechung hat Fernwirkung inzwischen in einzelnen Fällen anerkannt [3].

Einer grundsätzlichen Entscheidung bedarf die Frage der Fernwirkung hier nicht, sondern sie soll nur im Hinblick auf den Lockspitzeleinsatz beantwortet werden.

6.8.4.4.1 Zunächst fragt es sich, was geschehen soll, wenn ein unbeteiligter Dritter Zeuge der Begehung der provozierten Straftat wird. Kann der Täter auf Grund seiner Aussage verurteilt werden?
Hierzu ist festzustellen, daß dieser unbeteiligte Zeuge unmittelbar dem provozierten Tatgeschehen beiwohnt und unmittelbar als Zeuge der Tat gewonnen wird. Insoweit handelt es sich wohl nicht eigentlich um ein Problem der Fernwirkung. Diese Situation entspricht der, daß ein Dritter Zeuge einer Aussage wird, die durch unzuläs-

---

1) Grünwald, JZ 66, 500; Roxin, Strafverfahrensrecht § 24 D I Dencker, S. 80; Sendler, S. 38ff; Spendel, NJW 66, 1105; Peters, LB, S. 315 für Beweise, die sich unmittelbar aus der Vernehmung ergeben; ders.,DJT Gutachten, S. 98ff, 160; Osmer, S. 33ff, 48ff; Henkel, S. 271 unter Aufgabe der Gegenansicht in der Vorauflage; Rogall, der Beschuldigte,S. 207 für die Selbstbelastung; ders. ebenso ZStW 91, S. 28; Sydow, Kritik, S. 75ff m.w.N. S. 87
2) Rogall, ZStW 91, 39ff; Gössel, NJW 81, 2221; sie stellen auf den Verbotszweck ab. Walder, S. 47,für das schweizer Recht; er schlägt eine Abgrenzung vor, daß Fernwirkung dann anzunehmen sei, wenn noch kein "fait accompli" geschaffen wurde. Wurde das erlangte Wissen bereits ausgenutzt, so müsse man das im Strafverfahren hinnehmen. Güterabwägung: Paulus, KMR 7. Aufl.,§ 244, Rn. 543ff; Boujong, Karlsruher Kommentar § 136a,Rn. 42
3) BVerfGE 44, 353, 384f; BGH NJW 80, 1700, 1701;ablehnend davor: OLG Stuttgart, NJW 73, 1941; BayObLG NJW 74, 2342; OLG Hamburg, MDR 76, 601

sige Vernehmungsmethoden erreicht wurde, und die er nun wiedergeben soll. Dies geht aber ebensowenig an, wie die Vernehmung der Verhörperson selbst, denn man würde dann die Aussage, die unzulässig erlangt wurde, selbst wieder unverändert in den Prozeß einbringen [1]. Darüberhinaus ist die Provokation von Straftaten nach der hier vertretenen Ansicht per se unzulässig. D. h. aber , daß die Tat selbst vom Gericht erst gar nicht zur Kenntnis genommen werden darf, so daß eine Zeugenaussage über ihren Hergang sich erübrigt [2]. Wenn die Tat als solche nicht verwertet werden darf, kann sie nicht über den Umweg der Vernehmung eines unbeteiligten Zeugen wieder verwertbar gemacht werden.

6.8.4.4.2 Eine andere Frage ist, ob man Beweismittel für andere Straftaten, die man bei dem provozierten Täter nach der Tatbegehung findet, gegen diesen verwerten kann. Ein Beispiel wäre, daß der zum Verkauf von Haschisch provozierte Täter eine große Menge Heroin bei sich führt. Zunächst ist klarzustellen, daß es sich hierbei nicht um einen Zufallsfund im Sinne des § 108 StPO handeln kann. Das Eingreifen dieser Norm setzt voraus, daß Gegenstände bei Gelegenheit einer angeordneten Durchsuchung gefunden werden. Beim Lockspitzeleinsatz werden die zusätzlichen Beweismittel aber nicht anläßlich einer vielleicht später angeordneten Durchsuchung aufgefunden, sondern bei Gelegenheit des Lockspitzeleinsatzes selbst.

---

1) Baumann, GA 1959, 43 f; ders.,DJT F, 111

2) vgl. dazu Berz, S. 421. Er schließt aus der unzulässigen Provokation, daß, da die Tat nicht berücksichtigt werden darf, der Staatsanwaltschaft der genügende Anlaß zur Anklageerhebung fehlt. Damit überträgt er allerdings die von ihm befürwortete Güterabwägung im Rahmen des Verwertungsverbotes auf die StA, was wohl nicht unbedenklich sein dürfte.

Er ist conditio sine qua non, ohne ihn hätten die Strafverfolgungsorgane nichts gefunden, es sei denn bei bestehendem Tatverdacht auf Grund der gegebenen gesetzlichen Befugnisse. Insoweit gleicht dieser Fall dem, bei dem eine unzulässige Vernehmung zur Auffindung weiterer Sachbeweise führt [1].

Im Falle des § 136a StPO stellen die Gegner der Fernwirkung darauf ab, daß das Verwertungsverbot nur auf die "Aussage" selbst zutreffe, auf Sachbeweismittel aber keine Anwendung fände [2]. Die Gegenmeinung stellt den Begriff der "Verwertung" der Aussage in den Vordergrund, die auch dann gegeben sei, wenn sie zum Ausgangspunkt weiterer Ermittlungen gemacht werde [3].

Dieser Meinungsstreit zu § 136a StPO direkt führt hier aber nicht weiter, da es nicht um eine Aussage, sondern um eine Tat geht und um ein Beweisverbot, das sich aus der Verfassung ergibt und selbständig in seinem Umfang bestimmen lassen muß.

Baumann ist der Ansicht, daß es eine Fernwirkung nicht gebe. Die Kenntnis, die man bei Anwendung eines unzulässigen Mittels erlangt habe, könne weiter benutzt werden, um zulässig zu weiteren Ergebnissen zu kommen, solange das unmittelbar Erlangte nicht "prozeßförmig" verwertet würde [4]. Dem hat Osmer entgegengehalten, daß auch eine Benutzung von Beweismitteln außerhalb der Hauptverhandlung im Ermittlungsverfahren nach den Vorschriften der StPO "prozeßförmig" verlaufen würde, da das Ermittlungsverfahren Teil des in der StPO geregelten Strafverfahrens sei [5].

---

1) Vgl. Baumann, GA 1959, 42 f; ders.,DJT F, 111
2) Baumann a.a.O.
3) Henkel, S. 271
4) Baumann, DJT F, S. 111
5) Osmer, S. 35 f

Beide Möglichkeiten lassen sich unter dem Begriff "Verwertung" einordnen, so daß eine Entscheidung zwischen ihnen wohl am Ergebnis orientiert und willkürlich wäre [1].

Als anderer Weg bietet sich an, auf die "ratio der jeweils verletzten Vorschrift" abzustellen [2]. Neben den Grundrechten des Betroffenen verletzt der Lockspitzeleinsatz den Verfassungsgrundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes. Aus diesem Grundsatz ergibt sich auch, daß das anläßlich eines Lockspitzeleinsatzes erlangte Beweismaterial nicht verwertet werden darf. Der Vorbehalt des Gesetzes bindet die Strafverfolgungsorgane dergestalt, daß sie nur solche Maßnahmen ergreifen dürfen, zu denen sie eine gesetzlich eingeräumte Befugnis haben. Er würde unterlaufen, wenn man die auslösende Maßnahme für unzulässig erklären würde, das bei ihr abfallende zusätzliche Beweismaterial aber zulassen würde [3].

Ein weiteres Argument ist, daß der Lockspitzeleinsatz die Menschenwürde des provozierten Täters beeinträchtigt. Art. 1, I GG ist von so hohem verfassungsrechtlichem Rang, daß ein Verstoß gegen ihn nicht nur zu einem Verwertungsverbot, sondern auch zur Fernwirkung führen muß. Auch die anläßlich des Lockspitzeleinsatzes aufgefundenen Beweismittel sind letztendlich erst unter Mißachtung der Menschenwürde, unter Verletzung des Schutzes vor Selbstbelastung zustandegekommen. Ohne die provozierte Tat wären auch keine Beweise für andere Taten bekannt geworden. In Anbetracht der schweren Grundrechtsbeeinträchti-

---

1) Vgl. Dencker, S. 78; Paulus, KMR 7. Aufl., § 244, Rn. 542
2) Grünwald, JZ 66, 500; Dencker, S. 78; ähnlich Gössel, NJW 81, 2221; BGH NJW 1700, 1701
3) BVerfGE 44, 353, 383f für die Verfassungswidrigkeit eines Beschlagnahmebeschlusses, der unverhältnismäßig war (Suchtberatungsstelle)

gungen, die der Lockspitzeleinsatz mit sich bringt, wird man ein Beweisverbot mit Fernwirkung annehmen müssen [1].

7. Ergebnisse

Als Gesamtergebnis dieser Untersuchung ist festzuhalten, daß der Einsatz von Lockspitzeln zu Zwecken der Strafverfolgung unzulässig ist. Das ergibt sich aus dem Fehlen einer Rechtsgrundlage für ein derartiges Vorgehen und aus den Grundrechten, die bei dem Betroffenen dabei verletzt werden.

Die Konsequenz daraus ist ein Beweisverbot, das in Anbetracht der Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigungen ein Verwertungsverbot mit Fernwirkung beinhaltet. Die Polizei darf sich des a.p. nicht bedienen und tut sie es doch, so darf das Gericht die durch ihn erlangten Beweise nicht im Strafprozeß verwenden. Wenn man heute glaubt, auf den Lockspitzel bei der Verfolgung bestimmter Straftaten nicht verzichten zu können, so ist das kein schlüssiges Argument. Rauschgifthandel, Falschmünzerei, Einbruch und Waffenhandel sind keine neuen Delikte. Bis vor wenigen Jahren kam man bei ihrer Bekämpfung noch recht gut ohne den a.p. aus. Die Tatsache, daß man seine Verwendung heute nur vereinzelt kritisiert, beruht auf seiner möglichen Straflosigkeit und der Ansicht des BGH, daß sein Einsatz "anerkannten Rechtgrundsätzen" entspreche. In dieser Arbeit wurde nachgewiesen, daß zumindest letzteres nicht unbedingt richtig ist.

---

1) Rogall, ZStW 91, 40, der bei Vornahme einer Güterabwägung Fernwirkung dann annimmt, wenn gegen wichtige Verfassungsgrundsätze verstoßen wird; ders., der Beschluldigte, S. 207 für die Selbstbelastung;Dencker, S. 80,für alle Fälle der Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern.

Das Ergebnis dieser Arbeit entspricht der rechtsstaatlichen Haltung, die man vor dem 2. Weltkrieg in Deutschland dem a.p. gegenüber einnahm; Literatur, Reichsgericht und Polizeiverwaltung haben ihn gleichermaßen geächtet. Das Prüfen der Widerstandskraft und der Rechtstreue von Bürgern, seien sie verdächtig oder unverdächtig, ist nicht Aufgabe des Staates. Es ist unzulässig, Straftaten zu provozieren, um den Provozierten anschließend dafür zu betrafen.

L e b e n s l a u f

Am 14. August 1953 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Dr.jur.Hellmut Voller und seiner Frau Ursula, geb. Heuser, in Frankfurt am Main geboren.

Von 1960 - 1964 besuchte ich in Frankfurt am Main die Grundschule und wechselte anschließend auf das Lessing-Gymnasium am gleichen Ort. Am 4. Juni 1973 machte ich dort mein Abitur.

Von Juli 1973 an diente ich bei der Bundeswehr und wurde als Leutnant der Reserve entlassen.

Im Sommersemester 1975 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen. Für das Wintersemester 1976/1977 wechselte ich an die Universität Göttingen und im Winter 1977/1978 studierte ich in Genf. Die übrigen Semester verbrachte ich in Tübingen, wo ich am 27. November 1979 die Erste juristische Staatsprüfung bestand.

Anschließend begann ich im Dezember 1979 den Vorbereitungsdienst für das Assessor-Examen in Frankfurt am Main, wo ich am 29. April 1982 die Zweite juristische Staatsprüfung bestand.

Am 12. Mai 1982 wurde ich zur Rechtsanwaltschaft zugelassen.